



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, POTESTAD REGLAMENTARIA Y CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS SUPREMOS.**

ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN.

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

PEDRO CABIESES VALDÉS

LUIS MENA MORENO

PROFESOR GUÍA:

ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO

Santiago de Chile

Octubre 2012

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	1
Capítulo I Aproximación a la revisión judicial de las normas.	3
1.1. Consideraciones previas	3
a. Supremacía constitucional	4
b. Supremacía y necesidad de control	7
1.2. Origen histórico	9
a. Los primeros antecedentes	9
b. Marbury vs. Madison	11
c. La recepción europea	13
d. El pensamiento de Kelsen	16
e. La expansión del modelo kelseniano	17
1.3. Fundamentos	18
a. Argumentos tradicionales	19
b. El fundamento de la “negación”	25
c. El pensamiento de Atria	27
d. Los argumentos de Zapata	36

1.4.	Sistemas de control de constitucionalidad	41
	a. Control difuso y concentrado	42
	b. Control concreto y abstracto	43
	c. El modelo norteamericano	46
	d. El modelo europeo	48
	e. El control de constitucionalidad difuso de los actos administrativos presidenciales: ¿una adopción defectuosa del modelo europeo?	50
1.4.	Consideraciones finales	53
Capítulo II	La potestad reglamentaria del Presidente de la República y reserva legal.	55
2.1.	Consideraciones previas	55
2.2.	Relación entre ley y reglamento	55
2.3.	Reserva absoluta y reserva relativa de ley	60
2.4.	La potestad reglamentaria del Presidente de la República: definición y alcances	63
	a. La potestad reglamentaria autónoma: El reglamento autónomo	67
	b. La potestad reglamentaria de ejecución	69
2.5.	La doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la reserva de ley	70

Capítulo III	El control de constitucionalidad de los decretos supremos en la doctrina chilena.	75
3.1.	Consideraciones previas	75
3.2.	Antecedentes de la reforma constitucional de 2005	76
	a. Referencias normativas	76
	b. “Subsidios para Viviendas”	80
	c. “Catalíticos”	82
	d. “Letreros Camineros (I)”	84
3.3.	La realidad versus las formas en el control del Tribunal Constitucional	85
	a. “Subsidios para Viviendas”	87
	b. “Píldora del día después”	90
	c. “Créditos Transantiago (I)”	93
3.4.	La Teoría de la Ley Pantalla en la doctrina nacional	95
	a. Conceptualización	95
	b. Marco teórico	99
	c. Análisis jurisprudencial	103
3.5.	Clasificaciones doctrinarias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	114
	a. Distintos enfoques	114
	b. Clasificación de Silva Irrazábal	116
	c. Clasificación de Carmona	121

d.	Recapitulación y conclusiones	126
Capítulo IV	El control de constitucionalidad de los decretos supremos en el derecho comparado.	130
4.1.	Consideraciones Previas	130
4.2.	Sistemas normativos que contemplan un Tribunal Constitucional competente para controlar actos administrativos	131
a.	Austria	132
b.	Francia	133
c.	Italia	135
d.	España	136
e.	Bolivia	138
f.	Ecuador	139
g.	Guatemala	140
4.3.	Sistemas normativos que contemplan un Tribunal Constitucional sin competencia para controlar actos administrativos	141
a.	Alemania	142
b.	Colombia	143
c.	Perú	144
4.4.	Sistemas normativos que no cuentan con un Tribunal Constitucional	145

	a.	Argentina	146
	b.	Costa Rica	148
	c.	Nicaragua	149
	d.	Panamá	151
	e.	Uruguay	152
	f.	Paraguay	153
	g.	Venezuela	154
4.5.		Consideraciones finales	155
Capítulo V		Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	157
5.1.		Consideraciones previas	157
5.2.		Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional período 1990-2008	158
	-	Rol 116-1990 “Viviendas Progresivas”	158
	-	Rol 124-1991 “Disolución Colonia Dignidad”	160
	-	Rol 146-1992 “Letreros camineros I”	162
	-	Rol 153-1993 “Plan Regulador La Serena-Coquimbo”	164
	-	Rol 167-1993 “Letreros Camineros II”	168
	-	Rol 183-1994 “Tarifa de Peajes”	171
	-	Rol 209-1995 “Ley 19.369”	173
	-	Rol 234-1996	174
	-	Rol 245-1996 (acumulado a Rol 246-1996) “Acceso a playas”	174
	-	Rol 253-1997 “Cesiones gratuitas”	176

-	Rol 254-1997 “Modificaciones Presupuestarias”	182
-	Rol 282-1999 “Acuerdo Complementación Económica con Bolivia”	184
-	Rol 325-2001 “Catalíticos”	189
-	Rol 370 “Estudio de Impacto Vial”	202
-	Rol 373-2003 “Áreas Verdes”	208
-	Rol 388-2003 “Regulación de transporte público”	210
-	Rol 450-2005 “Derogación Reglamento revisores independientes”	211
-	Rol 465-2006 “Reglamentación de requisitos para reconocimiento oficial a parvularios”	212
-	Rol 591-2007 “Píldora del día después I”	214
-	Rol 740-2008 “Píldora del día después II”	224
-	Rol 1035-2008 “Transantiago I”	230
-	Rol 1153-2008 “Transantiago II”	234
5.3.	Consideraciones finales	236
	Conclusiones	238
	Bibliografía	240

INTRODUCCIÓN

El tema de esta investigación es el control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre los decretos supremos del Presidente de la República. En un régimen presidencialista como el nuestro, los contrapesos institucionales que se generen para contrarrestar el poder del Presidente cobran muchísima importancia. En este escenario el Tribunal Constitucional ha jugado un papel preponderante, modelando –poco a poco y por la vía jurisprudencial– su potestad normativa de la manera que mejor garantice la supremacía de la Constitución. Es así que el control de los decretos presidenciales se ha ido construyendo sobre la marcha, a partir de los casos prácticos que el mismo Tribunal ha debido enfrentar. Justamente la reforma constitucional del año 2005, en lo relativo a esta atribución, tuvo por objeto consagrar en la Constitución algunos de los criterios que el Tribunal Constitucional ya había fijado en sus fallos. En consecuencia, abordaremos una materia variable que ha sufrido cambios substanciales en los últimos años.

En el ámbito teórico, el control de constitucionalidad de los decretos presidenciales es un tema complejo que exige una serie de conocimientos previos para su cabal entendimiento. Supone, primeramente, apreciar la potestad de que está revestido el Tribunal Constitucional para revisar la constitucionalidad de ciertos actos normativos. Dicha potestad ofrece varios aspectos interesantes y controversiales a considerar, puesto que implica trasladar a la esfera jurisdiccional decisiones propias del ámbito legislativo. Es necesario por tanto estudiar la génesis, evolución, fundamentos y diferentes tipologías de tan comentada función.

En segundo término, es imprescindible entender la normativa que es objeto de control por parte del Tribunal Constitucional. En nuestro sistema el Tribunal vela por la constitucionalidad de una serie de normas de distinta índole: leyes, resoluciones, simples decretos y decretos supremos quedan bajo su custodia. Cada una de estas normativas tiene un estatuto y unas particularidades propias, las que en buena medida determinan los caracteres que revestirá el control de las mismas. Por ello, si hemos de

concentrarnos en el control de constitucionalidad de los decretos presidenciales, deberemos considerar los principales aspectos que configuran la naturaleza jurídica de los mismos. En especial la potestad reglamentaria del Presidente de la República de la cual emanan, sus distintas expresiones normativas y las mayores problemáticas que ésta genera.

Sólo una vez que hayamos estudiado la función que ejerce el Tribunal Constitucional y el objeto sobre el cual ésta recae, estaremos en condiciones de adentrarnos en el análisis del control de constitucionalidad de los decretos supremos presidenciales. Pero este análisis se llevará a cabo desde una perspectiva singular. Se considerarán los aspectos doctrinarios más recientes; esto es, aquellos suscitados con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005. La idea es exponer el estado actual de la discusión en torno al tema, abarcando todas las materias que han llamado la atención de los autores desde la reforma hasta la fecha.

La estructura básica de este trabajo investigativo es la siguiente. En el capítulo primero abordaremos la función que nos convoca; a saber, la atribución del Tribunal Constitucional de verificar la regularidad constitucional de ciertas normas, independiente de cuáles sean. En el segundo capítulo, por su lado, nos referiremos específicamente a los decretos presidenciales en tanto objeto de la función que analizáramos en el capítulo primero. Con ello podremos enfocarnos con total comodidad, hacia el capítulo tercero, en el control de constitucionalidad de los decretos presidenciales a la luz de la doctrina reciente. La idea es, repetimos, exponer el estado actual del debate a través de los temas que han llamado la atención de la dogmática.

Seguidamente, dedicaremos el capítulo cuarto al análisis comparado de la función en estudio, para finalizar con un examen crítico de la jurisprudencia atinente en el capítulo quinto. Así habremos abarcado las principales dinámicas y aplicaciones del control de constitucionalidad de los decretos presidenciales por parte del Tribunal Constitucional. Y lo más importante, habremos ofrecido una exposición sistemática del panorama que quedó vigente después de la reforma constitucional del año 2005, la que – según veremos– introdujo una serie de importantes modificaciones en la materia.

CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN A LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS NORMAS.

1.1. Consideraciones previas.

Tradicionalmente el edificio de la justicia constitucional, en su función más notable y comentada –el control de constitucionalidad de ciertos actos legislativos–, se ha erigido sobre la base del principio de supremacía constitucional. Este principio explicaría el origen y fundamento de la revisión judicial de las normas. La inmensa mayoría de los autores, nacionales y extranjeros, convienen en la necesidad de que un órgano jurisdiccional, sea parte del poder judicial o acaso independiente a él, vele por el cumplimiento de la Constitución aun en desmedro de otras normas de rango inferior. La aplicación preferente de la Constitución y el resguardo de su supremacía mediante instrumentos idóneos (jurisdiccionales), son principios tan arraigados en nuestra cultura jurídica que prácticamente no se discuten, a no ser por alguna doctrina reciente y –por cierto– minoritaria.¹ El jurista español Francisco Fernández Segado puede ilustrarnos sobre esta tendencia, al señalar la Constitución como punto de partida de la justicia constitucional: “la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, la *lex leguum*, esto es, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema”.²

En nuestro país José Luis Cea Egaña se ha encargado de poner en relieve la importancia de la función jurisdiccional que ejerce el Tribunal Constitucional, así como también su calidad de más alto guardián de la Constitución, subrayando la importancia que posee en el constitucionalismo actual. El autor aludido ha llegado a manifestar que

¹ En nuestro país, el profesor Fernando Atria ha sido el principal detractor del Tribunal Constitucional, poniendo especial ahínco en desvirtuar la noción de supremacía constitucional como fundamento de su función jurisdiccional. Más adelante, en el apartado 1.3, revisaremos los principales argumentos a favor y en contra de la justicia constitucional, haciendo especial mención al pensamiento de Atria.

² FERNÁNDEZ Segado, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en España*. Madrid, Dykinson, 1984. P. 15.

“no existe, real o verdaderamente, Constitución ni Derecho Constitucional sin que, a la vez, funcionen regímenes eficaces de control de su supremacía, sustantiva y procesal o formalmente concebida. Tales regímenes son, principalmente, los dos siguientes: Uno, el conjunto coherente de garantías, acciones o recursos deducibles por los gobernados para defender su dignidad y derechos inalienables frente al Estado o a terceros, sean éstos grupos o individuos; el otro, la jurisdicción constitucional ejercitable para verificar la regularidad, en la doble vertiente recién mencionada, de los actos de los órganos estatales en general y, sobre todo, de los pronunciamientos legislativos en su más vasto sentido, comenzando por la ley”.³

De esta manera, los autores van dibujando un escenario en donde la justicia constitucional parece emanar como consecuencia obligada del principio de supremacía constitucional. El mérito y efectividad de tal escenario es algo que discutiremos en el apartado 1.3 de este capítulo, al examinar los fundamentos de la justicia constitucional. Por ahora es suficiente constatar que el principio de supremacía constitucional reviste de enorme importancia en el estudio de la justicia constitucional. Por ello, antes de adentrarnos en la génesis y desarrollo histórico de dicha justicia en lo relativo al control de regularidad constitucional de las normas, quisiéramos detenernos en este principio un momento.

a. Supremacía constitucional

Por principio de supremacía constitucional entendemos que la Constitución goza de aplicación preferente respecto de las normas que ostentan un rango inferior al suyo en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que si alguna de éstas entra en conflicto con aquélla, debiera prevalecer siempre la primera. El profesor Cea lo define como aquella “cualidad de Ley Suprema que singulariza el Código Político en su fondo y forma. Consecuentemente, si hay conflicto entre la Constitución, por un lado, y las

³ CEA Egaña, José Luis. El control constitucional de los actos legislativos como avance y futuro del constitucionalismo. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 63 (2001). P. 431.

normas dictadas conforme a ella, por otro, debe aplicarse primero la Constitución, porque es sustantiva y procesalmente suprema”.⁴

El principio en análisis se encuentra consagrado en el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental, que dispone:

Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

El alcance de la norma es claro: mientras el inciso primero obliga a los órganos del Estado a respetar la Constitución, el inciso segundo extiende tal obligación a los miembros de dichos órganos, así como a toda persona, institución o grupo. Pero bajo el texto de este artículo emanarían otras ideas no menos trascendentales a considerar, que aparecerían como verdaderas consecuencias o derivaciones de la supremacía constitucional; subprincipios de la misma, por así decirlo. Estas ideas son dos: el llamado bloque de constitucionalidad y la fuerza normativa directa –también llamada vinculación directa– de la Constitución.

En cuanto a la primera, el más insigne exponente y precursor de la concepción de Constitución como bloque de constitucionalidad es el profesor Humberto Nogueira Alcalá: “Los derechos fundamentales tanto como derechos subjetivos de las personas como elementos estructurales básicos del orden constitucional objetivo, no sólo son los que expresamente determina el texto constitucional. Ello lleva a considerar la existencia de un bloque constitucional de derechos. Por bloque constitucional de derechos fundamentales entendemos el conjunto de derechos de la persona (atributos

⁴ CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Chile, Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2008. P. 243.

y garantías) asegurados por fuente constitucional o por fuentes de derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios del ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, conforma límites al ejercicio de la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Chilena vigente”.⁵

Así, por bloque de constitucionalidad entendemos que la Constitución debe ser considerada en diversas dimensiones. En efecto, nuestra Carta Fundamental se compone de más que meras disposiciones positivas; constituye un conjunto complejo de valores, principios y normas que guardan una debida correlación o vínculo de coherencia entre sí. Por ello, un cumplimiento cabal y satisfactorio de la Constitución exige el acatamiento no sólo de su texto expreso, sino que también de todos aquellos principios y valores que le subyacen, que en su conjunto forman el llamado bloque de constitucionalidad.

El asunto fluiría con claridad del inciso segundo del artículo 6°. Según Cea tal disposición, al referirse a los “preceptos” de la Constitución, está aludiendo “no sólo a las normas de ella, sino que también a los valores y a los principios, es decir, a los ideales y enunciados generales que no están articulados como normas, en el sentido jurídico que les otorga la dogmática jurídica o ciencia del Derecho Positivo. Empero, aún con ese sentido jurídico restringido, lo cierto es que la Constitución surge como un sistema completo e íntegro de disposiciones, un conjunto armónico de valores, principios y normas. (...) En síntesis, el vocablo precepto, empleado en el inciso 2° del artículo 6 de la Constitución, abarca tanto los valores, los principios como las normas o disposiciones jurídicas, no sólo estas últimas. Los valores y los principios, por ende, incluyen ambas categorías de mandatos u órdenes impartidas por el Poder

⁵ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La concepción de Constitución, el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y el control de convencionalidad en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Chile. En Derechos Fundamentales, Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. P. 226.

Constituyente, cualquiera sea el enunciado literal empleado o la estructura que le haya sido conferida por el autor de la regla pertinente”.⁶ Y como mandatos u órdenes que son, obligan lo mismo que una norma jurídica expresa.

En cuanto a la fuerza normativa o vinculación directa de la Constitución, ésta denotaría el efecto inmediato de la Constitución a la hora de ejercer su poder vinculante, en el sentido de no requerir disposición alguna actuando por ella o en su nombre para que sus mandatos se hagan efectivos. Con esto queremos expresar dos cosas: primero que la Constitución puede ser invocada sin reparos en la solución de conflictos de naturaleza jurídica, que es plenamente “justiciable”; y que dicha invocación no ha de subordinarse a la concurrencia de ninguna otra norma, puesto que la Constitución es en sí misma suficiente para ser aplicada en la resolución de casos prácticos.

En palabras del mismo Cea, “(...) la Carta fundamental convierte en obligatorios sus valores, principios y normas, tanto para las autoridades públicas como para todos los ciudadanos, y lo hace directamente, es decir, sin que sea necesario que medie entre la Constitución y tales personas otra norma jurídica que desarrolle y haga imperativo obedecer a sus disposiciones. La Constitución por sí e inmediateamente posee fuerza normativa, en atención a lo cual vincula a toda persona, institución o grupo. La fuerza o vigor político operan directamente, en virtud de la supremacía, e indirectamente en la medida que coordina, orienta, dirige o alienta los comportamientos de acuerdo a lo mandado en el Código Político”.⁷

b. Supremacía y necesidad de control

Una vez caracterizadas las principales ideas vinculadas al principio de supremacía constitucional en nuestra doctrina, podemos apreciar con mayor nitidez la importancia que dicho principio reviste en la configuración dogmática de la justicia

⁶ CEA. Derecho Constitucional... Ob. Cit., Pp. 243-244.

⁷ *Ibíd.*, P. 244.

constitucional, sobre todo en lo relativo a la revisión judicial de ciertos actos legislativos por parte del Tribunal Constitucional.

Para Cea las Constituciones, hoy más que nunca, cumplen la misión de declarar valores, derechos y bienes jurídicos protegidos. El constitucionalismo habría transitado desde un énfasis en las meras reglamentaciones más o menos orgánicas, a una proclamación intensa de valores jurídico-políticos necesitados de protección. En este contexto, las Constituciones deben contar con mecanismos eficaces que aseguren el respeto de aquellos bienes jurídicos que con tanto ahínco garantizan. “Las Constituciones son formulaciones de metaprincipios y metanormas que, por supuesto, no pueden quedar en proclamaciones inútiles y que culminan en procesos desacreditantes de los textos jurídico-políticos, pese a la legitimidad sustantiva que tengan. A raíz de ello, precisamente, se hace indispensable el control de la regularidad o supremacía constitucional y el acceso a la justicia, común o constitucional, para tutelar la dignidad y los derechos humanos”.⁸

Estas Constituciones garantistas o declarativas de valores que apunta Cea, dieron lugar a una serie de otras consecuencias que poco a poco han ido fijando la importancia de la revisión judicial de las normas como mecanismo de defensa de la supremacía constitucional. Nos estamos refiriendo a ciertos procesos que, también respondiendo a la creciente necesidad de velar por el cumplimiento de la Constitución, se encontrarían en curso desde hace algunos años. Estos procesos son, primero, la llamada “constitucionalización del sistema jurídico completo de cada país. En seguida, la aplicación del Bloque de Constitucionalidad, con los principios y normas del Código Político, de las leyes y de los tratados ligados a la Carta Fundamental, como parámetro para efectuar el control de regularidad de la ley. En tercer lugar, implica la comprensión, interpretación y aplicación del Código Supremo con criterios, técnicas y objetivos que no siempre coinciden con el método clásico de la hermenéutica jurídica. Por último, (...) reconocer la certeza más que la simple admisión, o la aceptación renuente, que la Constitución posee fuerza normativa propia, la cual es superior a la de

⁸ CEA. El control... Ob. Cit., P. 433.

las leyes; que esa energía jurídica se manifiesta con carácter directo o inmediato, de manera que no está subordinada a lo que disponga la ley, ni suspendida, latente o virtual mientras no se lleven, por los preceptos legales, sus principios y preceptos a la práctica; en fin, que el vigor preceptivo directo del Código Político tiene, como secuela de lo anterior, una según la cual todos los órganos, grupos e individuos del Estado, Nación deben atenerse a lo ordenado en el Código Político, respetándolo y promoviéndolo siempre”.⁹

De esta manera hemos dibujado el escenario dogmático en el que suele desarrollarse el estudio de la justicia constitucional. Nociones como supremacía constitucional, bloque de constitucionalidad, vinculación directa y constitucionalización del derecho son conceptos a tener en consideración a lo largo de este capítulo. Constituyen el puntapié inicial sobre el cual trabajaremos, sea complementando o cuestionando dichas nociones conforme vayamos exponiendo las opiniones de diferentes autores.

Ahora nos corresponde exponer el origen y la evolución histórica de la revisión judicial de las normas, para luego analizar los diversos fundamentos y reparos que se han dirigido en contra de dicha atribución, finalizando el capítulo con la explicación de los diferentes tipos de control de constitucionalidad que existen.

1.2. Origen histórico.

a. Los primeros antecedentes

El control de constitucionalidad de las normas tiene su origen, como venimos anunciando, en el principio de supremacía constitucional. Es en Estados Unidos donde se desarrolla esta idea capital del constitucionalismo moderno, según la cual debe existir una Ley Fundamental que sirva como estándar de validez y legitimidad normativa para todas las demás disposiciones de un ordenamiento jurídico. En los

⁹ Ibíd., Pp. 433-434.

hechos, la primera de estas Leyes Fundamentales fue la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que en la sección segunda de su art. 6° establecía la célebre “cláusula de supremacía”: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

Si bien la norma recién transcrita es un antecedente imprescindible en la génesis del control de constitucionalidad de las normas, existen otros antecedentes previos de “leyes fundamentales” que resultaría interesante destacar. Fernández Segado reconoce a lo menos dos de estos antecedentes: la noción de Derechos Naturales propia de los autores iusnaturalistas, y su versión más libre y laica que esbozara John Locke. Recordemos que “(...) también en la tradición inglesa existía la idea de un ‘fundamental law’; y buena prueba de ello nos la ofrece la evidente influencia del Derecho Natural, que sostiene la creencia de que la conducta humana está guiada por leyes fundamentales e inmutables que tienen origen y sanción natural o divina. Por otra parte, la versión puritana y laica del Derecho Natural, sostenida por John Locke (1632-1704), conducirá igualmente a la idea de un ‘fundamental law’”.¹⁰

Las ideas de Locke, que no encontraron tanto arraigo en Gran Bretaña, estaban destinadas a perdurar en las jóvenes colonias norteamericanas que tempranamente comenzaban a revelarse. “Proclives a la desobediencia en contra de los actos del gobierno inglés, los colonos irán haciendo suya la sistemática posición de Locke, que puede condensarse en la afirmación de que «siendo la ley fundamental de la naturaleza la conservación de la humanidad, ninguna sanción humana puede ser buena o válida en su contra»”.¹¹

¹⁰ FERNÁNDEZ Segado, Ob. Cit., P. 16.

¹¹ *Ibid.*, P. 17.

El pensamiento de John Locke y la doctrina del Derecho Natural serían recogidos por las colonias estadounidenses a través de un mecanismo todavía joven para el constitucionalismo a la fecha: la elaboración de documentos escritos y solemnes, que eventualmente decantarían en la redacción de una Constitución. De este modo nace la Constitución de los Estados Unidos de 1787, a la que ya nos referimos. Pero a la escrituración consignativa de derechos y libertades se agregó otra técnica más: la revisión en sede jurisdiccional de las leyes con el objeto de medir su arreglo con la Constitución. Ambos procesos fueron de la mano configurando un nuevo constitucionalismo basado en la defensa de la primacía constitucional.¹² De estos procesos el segundo es, claramente, el que más nos interesa.

b. Marbury vs. Madison

De forma concreta, el control de constitucionalidad de las normas se comienza a gestar en el año 1803, con el famoso caso “Marbury vs. Madison”. El “Chief Justice” – presidente del Tribunal Supremo– John Marshall, fue el responsable de introducir una de las ideas más influyentes de la historia del constitucionalismo al declarar que, a fin de velar por la supremacía de la Constitución, su magistratura estaba facultada para controlar la constitucionalidad de las leyes. Con ello, el juez Marshall fue capaz de “reafirmar la supremacía de la Constitución frente a la ley, reputando inconstitucional aquella que vulnerara a la Carta Fundamental y, para ese designio, implantar la revisión judicial de la ley para comprobar que se ajustaba al Código Político. En la mente del *Chief Justice* John Marshall, lo recordado quería decir que la Constitución era un código de Derecho superior a y mejor que la ley; que era la Suprema Ley del territorio o del país, a la cual estaban sometidos todos los actos legislativos; que, como

¹² Fernández Segado destaca ambos procesos: “La concepción de la Constitución como norma jurídica superior va a incorporar a su vez dos técnicas concretas que le van a dar todo su sentido: de una parte, la formalización de un documento escrito y a la vez solemne; de otra, la técnica de la ‘judicial review’ o ‘revisión judicial’.” *Ibíd.*

tal, ella era el paradigma, o sea, la idea o, mejor aún, el ideal de Derecho, y también después el parámetro con el cual comparar la legalidad para reputarla o no legítima”.¹³

Los antecedentes del caso son los siguientes. Hacia finales de su mandato, el presidente John Adams nombró en el cargo de juez de paz a William Marbury. Si bien el Senado ratificó el nombramiento, la respectiva credencial jamás sería entregada. Ello por cuanto Thomas Jefferson, al llegar a la presidencia, le ordenó a su Secretario de Estado James Madison que no proporcionara dicha credencial. “Así las cosas, Marbury acudía al Tribunal Supremo en súplica de que expidiera el oportuno mandamiento para que le fuese entregado el nombramiento, pues la Ley Judicial de 1789 facultaba explícitamente al referido Tribunal para expedir tales mandamientos. [Pero] (...) los preceptos de la ley de 1789, que permitían dictar esas órdenes, estaban en buen grado en pugna con lo prevenido por la sección segunda del art. 3° de la Constitución Federal (...)”.¹⁴

Marshall estimó que la Ley de 1789, que en el fondo autorizaba a los tribunales de justicia a impartir órdenes al Ejecutivo, era inconstitucional. Sobre esta base, instauró la facultad del Tribunal Supremo de desestimar la validez de los actos legislativos del Congreso cuando vulneraran la Constitución, ya sea dejándolos sin efecto o –simplemente– sin aplicación. Su fundamento era que “si la constitución era la ley suprema, entonces los jueces llamados a aplicar el derecho debían pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley ordinaria, porque debían decir cuál era el derecho que correspondía aplicar”.¹⁵

El pensamiento del “Chief Justice” queda mejor expresado en el siguiente fragmento del fallo: “(...) Si una ley resultara contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra,

¹³ CEA. El control... Ob. Cit., Pp. 435-436.

¹⁴ FERNÁNDEZ Segado, Ob. Cit., P. 20.

¹⁵ ATRIA Lemaitre, Fernando. El derecho y la contingencia de lo político. En Revista de Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 11 (2005). P. 20.

compete al Tribunal determinar cuál es el derecho aplicable, ya que ésta constituye la esencia de la función jurisdiccional”.

El problema era este. Si la Constitución delimitaba las facultades del Congreso y éste la transgredía mediante un acto de ley (excediéndose, por tanto, en sus facultades), ¿debían los tribunales de justicia aplicar dicha ley? Marshall responde categóricamente que no, puesto que “(...) la misión de los Tribunales había de consistir precisamente en decir qué cosa es ley y qué cosa no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los Tribunales no están obligados a cumplirla; antes bien, su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso. Esa y no otra es la esencia de la función judicial”.¹⁶

Es notable la importancia de este razonamiento, pues tiene el mérito de reafirmar y consagrar en sede jurisdiccional lo que la Constitución de 1787 ya había expresado; esto es, la superioridad jerárquica de la Constitución y la obligación de ceñirse a su texto. Pero la más grande innovación fue la manera en que Marshall quiso asegurar dicha supremacía; atribuyéndose la facultad de controlar judicialmente la observancia del texto constitucional, potestad hasta entonces inédita en los anales del derecho constitucional.

c. La recepción europea

Hemos visto cómo “Marbury vs. Madison” dio origen a la revisión judicial de las normas, función que estaba destinada a repercutir enormemente en el resto del mundo. Con todo, Europa que se había visto tan influenciada por los ideales de la independencia norteamericana, demostró una tibia acogida al modelo, al menos en un primer momento. ¿Cómo poder explicar esta reticencia europea al control de constitucionalidad? La duda se acrecienta si consideramos la gran repercusión que tuvo el proceso independentista norteamericano en Francia y el resto de Europa, que

¹⁶ FERNÁNDEZ Segado, Ob. Cit., P. 21.

aproximó bastante el derecho constitucional de ambos países. ¿Cómo explicar, entonces, la escasa y más bien tardía recepción del modelo?

Fernández Segado revela que la noción de “Ley Fundamental”, así como el principio de supremacía constitucional, fueron atacados fuertemente durante la Restauración postnapoleónica, tanto por representantes de la izquierda como de la derecha política. “Por la derecha, porque en ese momento la Restauración monárquica lleva a la consagración del llamado ‘principio monárquico’ por antonomasia, que hace del monarca una fuente preconstitucional del poder y de la Constitución. El principio de la ‘constitución interna’, acuñado en España en los textos de 1845 y 1876, y la subsiguiente idea de la soberanía compartida, es un buen ejemplo de lo anterior. (...) Por la izquierda, la izquierda hegeliana, a través de Ferdinand Lasalle –en su conocida conferencia en Berlín pronunciada en 1862 ‘sobre la esencia de la Constitución’–, concreta pronto la idea de que la Constitución como tal es una ‘mera hoja de papel’, por lo que «hay que atender si quiere uno conocer la realidad de las cosas al sustrato efectivo de poder que está por debajo de las declaraciones formales de la Constitución». Este reduccionismo de texto constitucional a su fondo real, esta desvalorización de la Constitución, como una ‘mera hoja de papel’, cuya única función política sería precisamente ocultar las relaciones reales de poder, es la que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas, que excluyen también todo valor específico a la Constitución como norma suprema”.¹⁷

Para Favoreu, otra razón se encontraría en la verdadera “sacralización de la ley” que se promovía durante la Europa postrevolucionaria. “A partir de la Revolución de 1789, a lo largo del siglo XIX y a comienzos del XX, el dogma rousseauiano de la infalibilidad de la ley se impone y difícilmente se discute. El reino del derecho es el reino de la ley: «El concepto de legitimidad... coincide con el de legalidad, es decir, con la conformidad de las actividades públicas y privadas a las leyes votadas por el

¹⁷ Ibid., P. 20.

Parlamento. El 'derecho' (*jus, law, diritto, derecho, Recht*) se identifica cada vez más estrechamente con las leyes del Parlamento (*Lex, statute, legge, ley, Gesetz*)».¹⁸

Es decir que, en definitiva, la recepción del modelo en Europa se postergó por razones políticas y teóricas. Recién durante la primera postguerra, hacia el año 1920, la justicia constitucional daría muestras de verdadera aplicación en el Viejo Continente. La acogida se debió en gran medida a la aparición de modelos federales en Europa, que generaron la necesidad de resguardar mejor las garantías fundamentales expresadas en los textos constitucionales, para lo cual la revisión judicial de las normas ofrecía gran ayuda. Pero la razón principal fue la obra del insigne jurista Hans Kelsen, cuyo pensamiento habría de ser aprovechado en numerosos sistemas normativos, partiendo por la Constitución de Austria de 1920.¹⁹ En efecto la Constitución austríaca establecía un control de constitucionalidad de las normas basado en el pensamiento de Kelsen. Pero se trataba de un sistema especial, puesto que introducía una serie de modificaciones al paradigma norteamericano.

Como explica Cea, "En 1920, (...) y reafirmado en 1929, se introdujo en la Constitución de Austria, a instancias principalmente de Hans Kelsen, el control de regularidad de la ley. Pero era un control con dos rasgos capitales exclusivos, en virtud de los cuales resultaba necesario diferenciarlo del modelo norteamericano. El primero de tales rasgos se hallaba en el control, ejercido por una Magistratura especial, ajena al Poder Judicial, llamada Tribunal Constitucional. El segundo de esos rasgos consistía en que esta Magistratura obraba como legislador negativo, o sea, eliminando de la ley los preceptos considerados inconstitucionales".²⁰

Así nacen dos escuelas bien diferenciadas de control de constitucionalidad: el modelo norteamericano por un lado y el paradigma europeo por el otro. En cuanto al

¹⁸ FAVOREU, Luis. Los Tribunales Constitucionales. Barcelona, Ariel, S.A., 1994. Pp. 18-19.

¹⁹ También puede mencionarse como uno de los primeros antecedentes europeos al Tribunal Constitucional checoslovaco, establecido en la Constitución de 29 de febrero de 1920.

²⁰ CEA. El control... Ob. Cit., P. 436.

modelo europeo, los rasgos distintivos eran principalmente dos: la radicación del control de constitucionalidad en un órgano ad hoc, distinto y separado del poder judicial; y la facultad de dicho órgano de dejar sin efecto los preceptos que vulneraran la Constitución, por lo que Kelsen percibe tal magistratura como un “legislador negativo”.²¹ Debido a que la obra de Kelsen es responsable tanto de la recepción del modelo como de las modificaciones introducidas al mismo, detengámonos brevemente en sus ideas.

d. El pensamiento de Kelsen

Para Kelsen las normas que componen un ordenamiento jurídico no se encuentran, por así decirlo, unas al lado de otras. Existe una estratificación que las ordena unas sobre otras, de manera que cada norma se encuentra por debajo de otra norma superior de la cual procede, y que constituye su fundamento. De este modo, encontraremos el origen y fundamento de cada norma en el precepto directamente superior a la misma, y así sucesivamente hasta llegar a la norma primordial del sistema, que da origen a todas las demás: la Constitución. Encontrándose en la cúspide de la escala normativa, la Constitución es la norma básica que unifica y brinda armonía al resto del sistema, por lo cual es necesario contar con medios efectivos para asegurar que sus disposiciones sean cumplidas. De lo contrario peligraría la unidad y eficacia del ordenamiento jurídico y, con ello, la misma noción de Estado de Derecho.

Sobre la base de lo recién apuntado, Kelsen concluye que “La aplicación de las normas constitucionales en relación con las leyes, quedará eficazmente garantizada sólo si un órgano distinto del cuerpo legislativo es encomendado con la tarea de verificar si una ley es constitucional y de anularla cuando –de acuerdo a la opinión de este órgano– sea ‘inconstitucional’. Podría haber un órgano especial establecido para este propósito, un tribunal especial, algo así como un ‘tribunal constitucional’; o bien el control de constitucionalidad de las leyes, la llamada ‘revisión judicial’, puede ser

²¹ Las características del modelo europeo y su comparación con el modelo norteamericano, son temas que trataremos con mayor detención en el apartado 1.4 de este capítulo, relativo a los sistemas de control de constitucionalidad.

entregado a los tribunales ordinarios, especialmente al tribunal supremo. El órgano de control debe ser capaz de anular por completo la ley inconstitucional, para que así no pueda ser aplicada por cualquier otro órgano”.²²

Con esto Kelsen reconoce que un eficaz control de constitucionalidad de las leyes debe radicarse en un organismo independiente al poder legislativo. En este sentido, la tarea puede quedar a cargo de los tribunales ordinarios de justicia (tal como ocurre en Estados Unidos); o bien encomendarse –y aquí se introduce el cambio substancial– a un órgano especial, establecido con este único propósito. Es así como “(...) bajo la inspiración kelseniana, la Constitución de Austria de 1° de octubre de 1920 instaurará un sistema de Jurisdicción Constitucional no semejante al norteamericano. [Por fin] (...) de manera autónoma, y adaptada a sus características, surgirá en Europa una doctrina jurisdiccional sobre el control de la constitucionalidad”.²³

e. La expansión del modelo kelseniano

A partir de la segunda postguerra, hacia mediados del siglo XX, muchos países europeos enriquecerían sus constituciones siguiendo el ejemplo austríaco. Primero la España Republicana en 1931, seguida por los Tribunales Constitucional italiano en 1948, y Constitucional federal alemán en 1949. A ellos se sumaría el Consejo Constitucional francés de 1959, y a partir de la década de 1970 aparecerán Tribunales Constitucionales en Portugal, Bélgica, Grecia y países de Europa del este. Todos estos sistemas contarán con particularidades propias, pero –en general– responderán al mismo modelo inspirado por Kelsen.

Con posterioridad, la influencia del modelo europeo de justicia constitucional llegaría incluso a Latinoamérica y Centroamérica, aunque –hay que reconocerlo– de forma limitada. No es que no existan mecanismos de control de constitucionalidad en estas latitudes, sino que éstos suelen encontrarse dispersos en diversos órganos

²² KELSEN, Hans. Teoría general del Derecho y del Estado. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones. 1969. P. 157.

²³ FERNÁNDEZ Segado, Ob. Cit., Pp. 25-26.

jurisdiccionales; ya sean ordinarios, contencioso-administrativos, u otros. Existen pues, sistemas que se acercan más al modelo norteamericano de control difuso, en donde la revisión judicial de las normas queda entregada a diversos organismos. Es lo que ocurre en países como Argentina, Costa Rica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Pero además existen países que entregan el control de constitucionalidad de las normas a sus tribunales supremos. Es decir, se trata de sistemas en que la jurisdicción constitucional compete a un solo órgano, pero que no es especial puesto que ejerce también otras funciones ajenas a la justicia constitucional. Este es el caso de países como Uruguay y Paraguay; mientras que en Centroamérica pueden señalarse Panamá y Nicaragua.

Así, son pocos los países de América Latina o Central que han creado un órgano ad hoc para efectos de conocer las cuestiones de constitucionalidad normativa. Guatemala fue uno de los primeros, al instituir un Tribunal Constitucional en la Constitución de 15 de septiembre de 1965. Le siguió Perú con la Carta Fundamental de 1979, que establecía el llamado “Tribunal de Garantías Constitucionales”.²⁴ Deben agregarse los Tribunales Constitucionales de Ecuador, Bolivia y Colombia; además del caso de Chile que, como sabemos, cuenta con un órgano ad-hoc desde la Carta de 1980.

1.3. Fundamentos.

¿Por qué la justificación del control de constitucionalidad de las normas es un tema tan importante? ¿Por qué ha sido debatido por décadas? La razón es que la revisión judicial de las normas, bien entendida, supone un verdadero problema para el concepto de democracia. No es posible abogar por una jurisdicción constitucional amplia sin erosionar, al mismo tiempo, la idea esencial del pueblo que se gobierna a sí mismo. Ello acontece porque el órgano de control, cualquiera sea el nombre que

²⁴ Un análisis pormenorizado de la justicia constitucional en cada uno de estos países será llevado a cabo en el Capítulo IV de esta memoria, que trata sobre el Derecho Comparado.

reciba, terminará determinando si una ley es válida o si, por el contrario, es inconstitucional y no debe ser aplicada. Es decir que terminará “legislando”, función que –sabemos– le pertenece única y exclusivamente al órgano legislativo, que ostenta dicha atribución porque le ha sido conferida por la ciudadanía para que la represente. Es precisamente aquella legitimidad ciudadana, popular y democrática, la que no tiene el órgano de control jurisdiccional. Cada vez que un Tribunal Constitucional resuelva la inconstitucionalidad de una norma, acabará imponiendo su voluntad (la de unos pocos integrantes) por sobre la de muchos. Es una conclusión difícil de sortear, por lo que siempre los defensores de la justicia constitucional han dedicado gran esfuerzo al asunto, elaborando toda suerte de argumentaciones para dotar de legitimidad al órgano titular de la función que tanto defienden. Aquí pretendemos exponer los principales de estos fundamentos, sus críticas y sus consideraciones más recientes.

a. Argumentos tradicionales

En el primer apartado de este Capítulo destacamos la trascendencia del principio de supremacía constitucional en la configuración dogmática del control de constitucionalidad de las normas. Históricamente, ha sido el punto de partida de muchos autores a la hora de explicar la naturaleza y fundamento de la función jurisdiccional-constitucional. Citábamos el caso del profesor José Luis Cea, quizás el mejor exponente nacional de esta vertiente, quien con toda vehemencia afirma que “no existe, real o verdaderamente, Constitución ni Derecho Constitucional sin que, a la vez, funcionen regímenes eficaces de control de su supremacía, sustantiva y procesal o formalmente concebida (...)”.²⁵

Podemos decir que el principio de supremacía constitucional es el fundamento más tradicional del control judicial de constitucionalidad de las normas. Sin embargo, existen otros argumentos que proceden de larga data y que también se suelen emplear en la justificación doctrinaria de los modelos de justicia constitucional. Primero

²⁵ CEA. El control... Ob. Cit., P. 431.

intentaremos esbozar cada uno de estos argumentos clásicos, para luego considerar las fuertes críticas de que han sido objeto.

Otro argumento clásico a favor de la revisión judicial de las normas estaría basado, por así decirlo, en la memoria de experiencias históricas traumáticas. Lo identificaremos con el nombre de “argumento histórico”. Ciertamente, muchas de las más grandes violaciones a los derechos humanos han sido llevadas adelante bajo el alero de alguna institucionalidad vigente. Basta recordar las experiencias nazi y fascista de primera mitad del siglo XX, en donde los propios Gobiernos y Parlamentos, válidamente designados, lideraron y fomentaron el terror al tiempo que los tribunales de justicia se desentendían de la situación. Por consiguiente, razonan los partidarios del argumento histórico, debieran existir “mecanismos institucionales que permitan cuestionar la validez substantiva de una decisión mayoritaria, de modo de poder evitar el terror incluso cuando, como en Alemania de los años 30’, éste sea democráticamente elegido. Entre estos mecanismos está el control judicial de constitucionalidad”.²⁶

De esta manera, la revisión judicial de las normas –sobre todo en su variante europea– es presentada como un mecanismo ideal para la defensa de los derechos fundamentales, puesto que sólo un organismo independiente y despolitizado podría contrarrestar el peso de las decisiones mayoritarias, sean expresadas a través de disposiciones parlamentarias o gubernamentales.

Un segundo fundamento, muy ligado al anterior, sería aquél que plantea los derechos individuales como límites a la voluntad de las mayorías; es decir, como mecanismos de defensa de las minorías políticas. Puesto que si una transgresión a las garantías individuales de las personas se encuentra abalada por un consenso democrático, ello no implica que dicha contravención deba ser aceptable.²⁷ En aquellos casos, es necesario contar con medios idóneos para resguardar las garantías de los

²⁶ ATRIA, Ob. Cit., P. 22.

²⁷ Nuevamente, se suelen mencionar las experiencias nazi y fascista para ilustrar este punto.

grupos minoritarios, aún en desmedro de las decisiones mayoritarias expresadas en forma democrática. Así, “(...) algunos creen que pueden fundar la tesis de la revisabilidad judicial de la constitución en la existencia de *derechos* entendidos (a la manera del Art. 5° de la constitución chilena) como ‘límites a la soberanía’. Como el legislador ejerce soberanía, y la soberanía reconoce en esos derechos límites, cuando el legislador traspasa esos límites actúa viciadamente, y cuando actúa viciadamente se requiere un juez que así lo declare”.²⁸

En el mismo sentido expone el asunto Favoreu, quien sostiene la necesidad de controlar a los parlamentos cuya su legislación, movida por las pasiones electorales, se ha convertido en una “peligrosa amenaza para las libertades”: “Esta necesidad se ha vuelto imperiosa cuando los regímenes parlamentarios o semiparlamentarios han evolucionado hacia una sistema en el que se ejerce sin límites un poder mayoritario compuesto por la mayoría parlamentaria, soldada a un Gobierno estable y monolítico, a veces reforzado por un jefe de Estado elegido, perteneciente a la misma tendencia. Frente al bloque mayoritario, la oposición necesita ser protegida; y la propia mayoría precisa de un contrapeso, pues de lo contrario ya no hay régimen parlamentario”.²⁹

Por su parte, el académico chileno Patricio Zapata agrega que “Tras la idea de un Tribunal Constitucional dotado de un papel moderador de la política subyace una fuerte sospecha sobre el régimen democrático. La desconfianza en el pueblo ciudadano, y en los partidos políticos a través de los cuales aquél actúa, lleva, en este caso, a buscar mecanismos de protección contra los excesos o abusos de las masas. Frente a la multitud, frente a la que se percibe como impredecible, caprichosa, apasionada y fácilmente manipulable, se levantan, como barreras de protección, ciertos órganos de composición reducida, ajenos formalmente al control o influencia de los partidos políticos y con una legitimidad de carácter técnico”.³⁰

²⁸ *Ibíd.*, P. 21.

²⁹ FAVOREU, Ob. Cit., P. 25.

³⁰ ZAPATA Larraín, Patricio. Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. P. 31.

Como podemos ver, bajo el fundamento histórico y de protección a las minorías reside el conflicto político en toda su expresión. Ambos argumentos versan sobre los límites al poder político y la urgencia de defenderse de sus excesos. Asimismo, plantean la necesidad de que un órgano autónomo e inmune a las vicisitudes de la actividad política se haga cargo de controlar las manifestaciones parlamentarias de la voluntad ciudadana. Algo así como la famosa y controvertida figura del guardián platónico. Por ello, ya podemos vislumbrar cuál será el principal reparo que se levantará en contra de este tipo de fundamentos: la falta de compromiso con el ideal democrático.

No obstante, existe una variante muy influyente de ambos argumentos, que de manera bastante novedosa pretendió hacerse cargo del reparo y dotar de legitimidad democrática al órgano jurisdiccional de control constitucional. Se trata de la tesis del “precompromiso”, según la cual el mismo pueblo es el que decidió adoptar un determinado modelo de justicia constitucional. ¿Por qué querría autolimitarse de este modo la ciudadanía? Para garantizar, se dice, la inamovilidad de las decisiones populares más trascendentales, manteniéndolas fuera del alcance de una contingencia política que se percibe como frágil y veleidosa.

En otras palabras, “(...) los Tribunales Constitucionales son mecanismos de los que se vale la propia voluntad ciudadana, expresada en momentos fundacionales, para asegurar la perdurabilidad de sus decisiones más importantes, colocando a éstas últimas fuera del alcance de las mayorías leves y precarias que producen los vaivenes de la política cotidiana. Estaríamos, entonces, ante un acto colectivo de sabia previsión, por el cual el Pueblo, conector de su propia naturaleza, decide conscientemente autolimitarse hacia futuro”.³¹

El principal exponente de la tesis del precompromiso es Jon Elster, quien la formulara en 1979. Elster ilustra esta pérdida voluntaria de soberanía popular mediante el Canto XII de La Odisea. En él Ulises, deseoso de escuchar –pese al gran peligro

³¹ *Ibid.*, P. 63.

que significaba— el canto de las sirenas, ordena a sus hombres que lo amarren firmemente al mástil. Agrega que en caso de rogar por que lo liberasen, lo aten con más lazos todavía. Al final el plan resulta todo un éxito: Ulises pide que lo suelten luego de escuchar el canto de las sirenas, pero sus hombres se apegan a la instrucción inicial, la que termina salvando la vida de todos. De esta misma forma es el pueblo quien, como Ulises, habría optado por restringir sus opciones de deliberación democrática, con tal de que los grandes pactos sociales no cayeran presa de la inestabilidad política.

Como explica el propio Elster, “El despotismo y las democracias altamente desarrolladas —sin mencionar las democracias directas—, están basados en el derecho a intervenir de forma habitual en todas las decisiones, mientras que la democracia constitucional está fundada sobre una serie de instituciones estables que no pueden modificarse una vez establecidas. Una noción crucial en este sistema es la función del *tribunal constitucional*, que fija las reglas básicas que habrán de ser respetadas por las generaciones posteriores. Sólo el tribunal constitucional es, verdaderamente, un actor político fuerte en el sentido de *la politique politisée* (la política politizada), o de la promulgación día a día de reglas sociales básicas. La nación puede atarse a sí misma (idea bastante controversial) a través del tribunal constitucional, ya sea encomendando ciertos poderes de decisión a la función judicial, exigiendo quórum especiales para modificar las reglas básicas, etc.”³²

Por tanto la tarea del Tribunal Constitucional consiste no sólo en establecer instituciones básicas que serán reconocidas por las generaciones futuras, sino que también en generar los mecanismos idóneos para que dichas instituciones resistan los vaivenes de la contingencia política. Ambas tareas importan un gran poder y responsabilidad para el Tribunal Constitucional, los que —sin embargo— provendrían más del azar que de los méritos propios de la función ejercida. “La estrategia de Ulises consiste en pre-comprometer a las generaciones futuras mediante el establecimiento

³² ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens. Studies in rationality and irrationality.* New York, Cambridge University Press, 1979. Pp. 93-94.

de una constitución que incluya cláusulas que prevengan que ésta pueda ser cambiada fácilmente. Así el tribunal constitucional tiene un carácter único y privilegiado, pero no por derecho propio, sino que por mero accidente histórico. En situaciones históricas excepcionales e impredecibles, la representatividad de las personas y la legitimidad de los métodos de sufragio han sido decididas en el mismo momento; la gran distancia con el pasado da mucha libertad al tribunal constitucional para delimitar el futuro. La condición esencial es, por supuesto, que los límites no provengan del mismo sistema político; los mecanismos de autocontrol quedan excluidos”.³³

Las críticas a Elster no demoraron en hacerse sentir. Se enfatizan, primero que nada, las enormes diferencias que existen entre un Ulises que, movido por un instinto de autoconservación, se obliga a sí mismo hacia futuro; y una ciudadanía que no tiene por qué asumir compromisos de los que no fue parte. En segundo lugar, se cuestiona “(...) el nivel de ingenuidad con que asume, acriticamente, que las mayorías del presente puedan estar preocupadas de atar sus propias manos con el propósito altruista de no dañar en el futuro a las minorías. La verdad, señalan los detractores del Elster original, es que cuando una mayoría constituyente decide incorporar en la Constitución ciertos límites al poder, lo hace movida por un objetivo de carácter egoísta: precaver el peligro de verse expuesta ella –en caso de perder la posición dominante de que goza en el presente– a los abusos de una nueva mayoría”.³⁴ Finalmente, se recuerda que las Constituciones suelen ser producto de procesos agitados, de grupos que se imponen o revoluciones que triunfan. Aquella evidencia histórica no se concilia con la idea de un pueblo que, en un momento de calma y reflexión, decidió establecer mecanismos de control a las mayorías en su Constitución.

Parece difícil desconocer la agudeza y sensatez de estas críticas, a las que adherimos. Con todo, la idea del precompromiso tiene un componente muy importante que destacar: la noción de que vivimos en una comunidad jurídica y política que tiene

³³ *Ibíd.*, P. 94. Elster se refiere a la exclusión de los mecanismos de autocontrol parlamentario, clara influencia de Kelsen.

³⁴ ZAPATA, *Ob. Cit.*, P. 64.

continuidad en el tiempo, de manera que las grandes decisiones constitucionales del pasado habrán de afectarnos con total justeza. Al término de este capítulo veremos un fundamento muy interesante de la revisión judicial de las normas, que precisamente recoge esta idea. Por ahora, basta concluir que el argumento del precompromiso, tal cual lo entendía Elster, fracasa en su intento de dar legitimidad democrática a la justicia constitucional. Por ello la objeción democrática es, entre otras críticas que veremos, una valla que los fundamentos tradicionales no han sabido sortear.

b. El fundamento de la “negación”

Antes de abordar las demás críticas esgrimidas contra estos argumentos y contra la revisión judicial de las normas en general, quisiéramos detenernos en un último fundamento un poco más reciente de la jurisdicción constitucional. Para algunos autores, el camino para justificar el control de constitucionalidad de las normas ha consistido, simplemente, en negar que exista una verdadera tensión entre las ideas de revisión judicial y democracia. Dicha negación se ha llevado a cabo a través de dos vías. La primera de ellas afirma que los jueces jamás emiten juicios políticos, sino que su labor consiste únicamente en aplicar la ley o, en este caso, la Constitución. O sea que “(...) bien entendida, y bien aplicada, la actividad judicial jamás involucrará juicios de tipo político-moral. No existiría, entonces, ninguna relación, ni duplicidad o tensión, entre el tipo de actividad que desarrollan los legisladores o administradores (tomar decisiones eligiendo entre varias opciones) y la tarea de los jueces (entendida como pura y simple aplicación, en relación al caso concreto, de la decisión que han tomado previamente legisladores o administradores). Para esta perspectiva, por lo tanto, el carácter no democrático de los jueces no es un problema; por cuantos éstos, en verdad, no ejercen ningún tipo de poder político: son simples ejecutores de lo que otros han definido”.³⁵

³⁵ *Ibíd.*, P. 33. Zapata cita a la propia Corte Suprema como ejemplo de este tipo de argumentación. En 1991, a propósito del Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación (“Informe Rettig”), la Corte Suprema fue objeto de duras críticas por el excesivo apego al tenor literal de ley que demostró durante la dictadura, lo que habría impedido tutelar eficazmente a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos. En su defensa, la Corte Suprema respondió: «El más rotundo repudio merece la observación

La segunda vía para negar que exista tensión entre control judicial de las normas y democracia, consiste en adoptar lo que Zapata ha denominado un concepto “enriquecido” de la democracia, que comprenda mecanismos externos de supervisión de las decisiones políticas. “Así ocurriría si, por ejemplo, se definiera democracia como aquel régimen político que garantiza a todas las personas la posibilidad de participar de manera libre e igualitaria en un proceso racional y deliberativo del cual emanarán decisiones que, cumpliendo con el marco constitucional y respetando los derechos de las minorías, tengan por objeto el bien común. Ante una definición como la transcrita, la revisión judicial de las leyes deja de ser un elemento conflictivo y pasa a ser un complemento indispensable. Mal que mal, dada una definición enriquecida o recargada, pareciera indispensable contar con algún árbitro, tercero pretendidamente independiente e imparcial, que, colocado por encima o por fuera de la política, asegure tanto el respeto a las reglas del procedimiento como la calidad de los resultados”.³⁶

Otra vez resulta sencillo sospechar cuáles son los problemas que entraña el fundamento en análisis. En la primera variante, el reparo es más que evidente: hoy en día se encuentra ampliamente superada la noción, propia de la exégesis, conforme la cual el juez es un mero operador jurídico cuya función se limita, sin más, a aplicar el texto de la ley al caso concreto. Sabemos que la labor interpretativa es mucho más rica y compleja que eso.

En su segunda variante, la negación como concepto “enriquecido” de democracia, lo que se objeta es precisamente la falta de convencimiento con el ideal democrático. En efecto, la democracia entendida como el pueblo que se gobierna a sí

de que los tribunales se ciñeron, con demasiado apego, a la ley. Los jueces llamados por su ministerio a aplicarla, no crearla, tienen un solo camino para hacerla cumplir, el que ordena el artículo 19 del Código Civil, esto es, carecen de toda potestad para darle un sentido distinto del que ofrece su texto literal, cuando este es claro (...)». En *Estudios Públicos*, N° 42, 1991, pp. 237-250.

³⁶ *Ibíd.*, P. 35. Se cita como referente de este fundamento la obra de MORESO, José Juan: *Comanducci sobre Neoconstitucionalismo, Isonomía*, Doxa, Universidad de Alicante, España, N° 19, 2003, pp. 267-282. En Chile, se destaca a FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: *Bases de los tribunales constitucionales en el constitucionalismo humanista*, en Nogueira, Humberto (coordinador), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: Presente y prospectiva*, LexisNexis, Chile, 2005.

mismo, no requiere de más elementos que la justifiquen. Estimar como insuficiente o incompleta esta idea capital, implicaría desconocer el verdadero valor del principio democrático. En este sentido Zapata, para quien “(...) el deseo de recargar la definición de democracia puede revelar una cierta incapacidad, quizás hasta inconsciente, de valorar en su justa medida el poderoso significado político de la afirmación del derecho del Pueblo a gobernarse autónomamente. Efectivamente, si uno pensara que la idea del autogobierno es pacífica o trivial, se entendería mejor el afán de añadir otros componentes. Pero si, como es mi caso, se piensa que la noción de que el pueblo es el único titular legítimo del gobierno es una idea, en sí misma y por sí misma, significativa y potente, y –agreguemos– aun polémica, tal postulado tendrá enjundia suficiente, sin más aditamentos, para servir como elemento caracterizador *per se* de un régimen político. (...) Un demócrata convencido, como es mi caso, no puede aceptar esta segunda estrategia de negación. Si ha de defenderse la revisión judicial de las leyes, ello tendrá que ser asumiendo que ésta no es ni un corolario ni una consecuencia natural del autogobierno”.³⁷

Habiendo analizado los principales fundamentos a favor del control de constitucionalidad de las normas, queda más o menos claro cuál es el principal escollo con que tropieza la elaboración de su marco teórico: la falta de legitimidad democrática que anunciáramos al comenzar este apartado. Y no sólo el argumento de la negación ha sido objeto de tal detracción. También vimos que los fundamentos tradicionales que analizáramos al comienzo –histórico y de protección a las minorías– han sido objetados duramente por la misma razón. En Chile, el más grande opositor no sólo de la revisión judicial de las normas sino que de la jurisdicción constitucional en su conjunto, ha sido el profesor Fernando Atria. Resultará, pues, bastante ilustrativo detenernos brevemente su pensamiento.

c. El pensamiento de Atria

³⁷ *Ibid.*, Pp. 36-37.

El primer argumento que Atria se hace cargo de refutar es el de la supremacía constitucional. Para Atria, la idea de que un sistema jurídico sólo pueda sujetarse al ideal de la supremacía constitucional en la medida que las leyes contrarias a la Constitución puedan ser invalidadas por un órgano judicial es, sin más, una falacia. Es decir, Atria pone en duda que de la necesidad de velar por la supremacía de la Constitución, se siga como consecuencia lógica la autoridad de un órgano judicial para revisar las disposiciones que la contravengan. En respaldo a su postura, el académico propone dos ejemplos. Primero, el de un tribunal ordinario de primera instancia que, advirtiendo una inconstitucionalidad en la sentencia de segunda instancia, se niega a dictar el cúmplase una vez revocada su decisión por el tribunal superior. Segundo, el caso del carabinero que se niega a cumplir una orden superior porque a su juicio es inconstitucional. En ambos casos es claro que, por muy decididos que se encuentren el juez de primera instancia o el carabinero, y por muy manifiesto que sea el vicio de constitucionalidad de que adolezca la regla; nada autoriza a estos funcionarios a dejar de aplicarla, mucho menos a declararla inconstitucional.

“La razón que explica lo anterior es que el derecho es un sistema formal, es decir, un sistema elaborado sobre la base de una más o menos sofisticada red de competencias e incompetencias. Como consecuencia de esto, no basta que una acción o decisión sea contraria a derecho para que haya alguien autorizado a declararlo: no basta que un contrato sea ilegal para que un juez tenga competencia para declararlo (se requiere que una parte solicite la nulidad, o que la nulidad, si es absoluta, aparezca de manifiesto en el acto o contrato, conforme al Art. 1682 CC); no basta que una sentencia sea contraria a la ley para que cualquier juez tenga competencia para declararlo así, no basta que una ley sea contraria a la constitución para que el juez tenga competencia para declarar su invalidez”.³⁸

Es decir, lo que Atria objeta es la falta de competencia de quien se autoriza a sí mismo a ejercer una función jurisdiccional que no le ha sido conferida por la ley. Algo así como lo que hizo el juez Marshall en el famoso caso “Marbury vs. Madison”, al

³⁸ ATRIA, Ob. Cit., P. 20.

atribuirse la facultad de declarar inconstitucional una norma por el sólo convencimiento de que a los jueces les corresponde determinar, en caso de contradicción normativa, cuál es el derecho aplicable. Nada justificaría esta conclusión según Atria. Y está en lo correcto. Los organismos públicos están regidos por un estricto principio de legalidad, de manera que jamás pueden actuar fuera de su ámbito de competencia y sin la debida investidura legal, previa y regular. El problema del argumento es que, por muy acertado que sea, no tiene mayor aplicación en un sistema jurídico como chileno, donde el artículo 93 de la Constitución entrega expresamente al Tribunal Constitucional la facultad de revisar la constitucionalidad de ciertas normas. No resulta posible, pues, reprochar falta de legitimidad al Tribunal Constitucional en el ejercicio de su función jurisdiccional. Si nuestro Tribunal controla, es porque está investido con la potestad necesaria para hacerlo.

Atria también responde al fundamento histórico que explicáramos al comienzo de este apartado. Recordemos que este argumento plantea la revisión judicial de las normas como un mecanismo imprescindible para evitar que las decisiones democráticas deriven en violaciones graves a los derechos fundamentales, tal como habría ocurrido en la Alemania nazi o la Italia fascista. Aquí la crítica del autor consiste en destacar la enorme corruptibilidad de la institución judicial, que ante el acaecimiento de un régimen totalitario y transgresor de garantías individuales, terminaría incurriendo de forma ineludible en los mismos excesos que los demás poderes de Estado. Para demostrarlo, Atria se vale del caso chileno durante la dictadura militar, con los miles de recursos de amparo ignorados por nuestros tribunales en perjuicio de las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Considerada esta experiencia, se vuelve difícil confiar en un órgano judicial para garantizar el respeto a los derechos fundamentales, ya que los tribunales habrían demostrado su incapacidad de actuar ante eventos de excepción constitucional que suspendan la vigencia del derecho.

En palabras del propio autor, "(...) las instituciones judiciales no sirven para evitar el terror. Y no sirven porque las instituciones judiciales no son el *tipo* de instituciones que puedan resistir el terror. Cuando aparece el terror, los tribunales o hacen su contribución a él (como los tribunales chilenos con los miles de recursos de

amparo rechazados durante el terror y los vergonzosos discursos inaugurales de esos años), o son intervenidos. Para una dictadura como la chilena, que detenta el poder necesario para desencadenar el terror y para aprobar la constitución por decreto-ley, no es muy difícil modificar la composición de un tribunal por decreto-ley”.³⁹

Resulta difícil negar que las conclusiones de Atria sean ciertas. El problema, creemos, es el modo de arribar a estas conclusiones: a través de una generalización apresurada y totalmente desmesurada de la experiencia chilena. Su crítica al fundamento histórico, para que funcione, requiere que toda decisión mayoritaria que adolezca de alguna injusticia genere un terror tan grande que sea capaz de corromper al poder judicial. Pero no toda decisión mayoritaria, por errada que sea, va a generar un terror tal que suspenda la vigencia del derecho. Atria parece querer aprovecharse de la terrible experiencia chilena para invalidar el argumento histórico, homologándola a todos los casos de decisiones mayoritarias que puedan ser susceptibles de alguna inconstitucionalidad. Pero la verdad es que muchas de estas decisiones versan sobre materias bien concretas o tienen un alcance muy reducido. Con ello no queremos decir que una lesión individual de derechos fundamentales sea más tolerable, por ejemplo, que una que afecte a muchas personas. Ambas son transgresiones que un sistema constitucional no puede permitir. Pero sí queremos expresar que, por una parte, no es ni tan grande o latente el peligro de que una disposición democrática devenga en un régimen del terror; y por otra que, tomando en cuenta lo anterior, es poco probable que el poder judicial se corrompa si no se generan los escenarios para que ello suceda. Además, existen muchos incentivos institucionales –ajenos, por cierto, al control de constitucionalidad de las normas– destinados a impedir que estos escenarios de excepción constitucional se produzcan. Sobre todo en un ordenamiento que, como el nuestro, entrega el resguardo de la Constitución no a un órgano, sino que a varios organismos y a través de distintos mecanismos.

Si las conclusiones de Atria nos parecen insuficientes, no se debe a que compartamos la premisa del fundamento histórico. El problema es que la refutación del

³⁹ *Ibid.*, P. 22.

profesor deja intacto el principal escollo con que tropieza el fundamento histórico: la objeción democrática. En efecto, se trata de un argumento basado en infundir temor mediante el recuerdo de experiencias pasadas lamentables y traumáticas. No sólo nos parece una manera poco loable de convencer a la ciudadanía de ceder una parte importante de su soberanía, en pos de un discutible bien común que será determinado, al fin de cuentas, por un grupo mínimo de personas. Además, nos parece que el argumento exige más de lo que manifiestamente reconoce. Porque si bien justifica la revisión judicial de las normas frente a las grandes violaciones de derechos humanos, no la justifica de igual manera ante los innumerables casos cotidianos que representen amenazas menos graves a tales derechos. Es decir que con tal de evitar un terror extraordinario, se nos pide aceptar que todos los demás casos –ordinarios, si se quiere– se resuelvan mediante el mismo mecanismo de la revisión judicial de las normas. Pero el fundamento en análisis funciona respecto del terror y de lo extraordinario, no respecto de lo normal y lo cotidiano. Y no es aceptable que la generalidad de los conflictos políticos se resuelva por un medio que se justifica sólo en situaciones de excepción. El costo democrático que ello conlleva es demasiado alto. Es este, creemos, el verdadero problema que posee el fundamento histórico.

Finalmente, en cuanto al tercer argumento tradicional que expusiéramos, Atria vuelve a plantear sus reparos. Se trata del fundamento que plantea a los derechos individuales como límites a las decisiones mayoritarias, con tal de proteger a las minorías políticas. Muy ligado al fundamento anterior, aquí se pone el foco en los derechos de las personas como límites al poder soberano, de manera que si el legislador llegara a afectar tales derechos, será necesario que un juez deje sin efecto sus disposiciones. De esta manera quedaría demostrada la necesidad de contar con una jurisdicción constitucional que supervise la actividad legislativa.

Para Atria la conclusión es apresurada puesto que nada justificaría que, de una afectación de derechos individuales, deba desprenderse la necesidad cierta e ineludible de crear mecanismos institucionales que invaliden esa contravención. Si fuera así, estaríamos obligados a concluir que los derechos individuales no obligan a la Corte Suprema cuando falla en casación, puesto que no existe un ulterior mecanismo

(recurso judicial) para controlar su decisión. “(...) Siempre hay alguna autoridad que tiene la última palabra respecto de un problema substantivo (cuando el problema es suficientemente serio), y esta última palabra no vale definitivamente porque esté en lo correcto, vale porque es la última. (...) El derecho tiene autoridad, y que el derecho tenga autoridad quiere decir que las reglas valen no porque sean correctas, sino porque son jurídicas”.⁴⁰

Nuevamente discrepamos con Atria. El fundamento que se rebate establece que la ley debe ser controlada desde el momento que transgreda derechos constitucionales, parámetro normativo mucho más objetivo que la simple “incorrección” o “injusticia” de que pueda adolecer una ley. Atria parece querer subjetivar el argumento con el objeto de restarle validez. Por lo demás, el fundamento en comento tampoco resuelve el problema democrático de la justicia constitucional, cuestión que nuevamente no es destacada por Atria.

Ahora bien, no debe pensarse que Atria ha desconocido permanentemente esta falta de legitimidad democrática que venimos aludiendo. Todo lo contrario. Ha sido el mayor detractor de la jurisdicción constitucional en ese sentido, con algunos de los fundamentos más provocadores que se han escrito al respecto. Lo que ocurre es que sus lucubradas críticas a los argumentos analizados no convencen lo suficiente, puesto que –pensamos– habría bastado con objetarlas desde el punto de vista democrático. Esta es la principal cuestión a tratar en la justificación de la revisión judicial de las normas, de manera que todo otro tema es reconducible a ella. Con todo, los reparos democráticos que Atria no planteó a la hora de criticar los argumentos señalados, sí los expresó más adelante en el mismo artículo “El derecho y la contingencia de lo político”, que venimos citando. De hecho, aquellos reparos resultaron tan interesantes que no podemos dejar de revisarlos.

Atria comienza razonando acerca de la médula misma de la jurisdicción constitucional, su verdadera razón de ser: el conflicto político. Se pregunta, primero, si

⁴⁰ Ibid., P. 21.

es adecuado concebirlo como un conflicto cuya única solución resida en identificar reglas de aplicación común a las partes. Se pregunta también cuáles serían esas reglas en caso de existir. En segundo lugar, pone en duda la posibilidad de que dicho conflicto pueda ser solucionado con prescindencia de la subjetividad de quien decide, y se pregunta cómo poder prescindir de tal subjetividad. Seguidamente, el autor expone las respuestas más evidentes a ambas interrogantes: en cuanto a las reglas comunes cuya aplicación resuelve el conflicto, éstas serían los derechos fundamentales; y en lo que se refiere al modo de resolver el conflicto sin depender de la opinión personal del adjudicador, éste sería el derecho constitucional. Una vez sentadas estas bases, Atria se afana en cuestionarlas duramente.

En lo concerniente a la respuesta de la primera pregunta, los derechos fundamentales como reglas cuya aplicación resuelve el conflicto político, Atria afirma, sin miramientos, que tales reglas no son aptas para solucionarlo. La razón es que los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República no cumplen con los requisitos necesarios para llegar a constituir una norma jurídica, por lo que mal podrían ser aplicados en la resolución de conflicto alguno. En la voz del mismo Atria; “(...) las disposiciones del artículo 19 no son normas que satisfagan los requisitos propios de una norma jurídica. Y no los satisfacen no porque sean normas *incorrectas*, es decir injustas (aunque algunos por cierto lo son), sino porque ellas no expresan *concepciones* sino *conceptos*. Un concepto de justicia, por ejemplo, es el de Ulpiano, ‘dar a cada uno lo suyo’ (D. 1.1.10). En este sentido, un concepto es una formulación muy abstracta del contenido de una idea. Un concepto no es una tautología (la tesis de Ulpiano puede ser negada sin contradicción) pero su nivel de abstracción lo hace políticamente incontrovertido. Las personas con concepciones opuestas de la justicia no necesitan discutir el concepto de justicia, pueden reservarse su batería de argumentos para las controversias que surgirán al momento de intentar especificar el contenido del concepto, en este caso al intentar especificar qué es lo que

cada uno puede reclamar como suyo. Esta ulterior especificación es lo que constituye una concepción”.⁴¹

Por tanto los derechos fundamentales del artículo 19 ostentarían un nivel de abstracción tan elevado, que precisarían de ulterior especificación para poder ser aplicados a casos concretos. El problema es que la persona a cargo de dicho proceso de especificación del contenido de la norma, el juez, le dará el significado que él estime conveniente. Es decir que cargará el significado del derecho en disputa con su propia concepción del mismo.

Esto conducirá a rechazar la respuesta a la segunda pregunta; esto es, a negar la posibilidad de prescindir de la subjetividad del juez, puesto que éste deberá acudir a su opinión personal para poder completar el sentido abstracto de las disposiciones que habrá de aplicar. Puesto que “Si los derechos constitucionales expresan *conceptos*, entonces, ellos son efectivamente ‘normas comunes’, pero son normas cuya aplicación no adjudica el conflicto. Para adjudicar el conflicto los conceptos que aparecen en el Art. 19 de la constitución deben ser complementados por una concepción de esos derechos. Pero esa concepción no está en la constitución, porque la constitución es (o debe ser) neutral entre las diversas concepciones (*precisamente* porque es, o debe ser, ‘nuestra’, común). Por lo tanto, si utilizamos la aplicación judicial de la constitución para dirimir el conflicto político, entonces estamos exigiendo al juez que complemente el contenido del Art. 19 con *su propia concepción* de los derechos fundamentales. Pero entonces el juez deja de ser un tercero imparcial, cuya neutralidad respecto del conflicto de las partes era, recuérdese, la mejor garantía de que su juicio sería correcto. Ahora sí nos importa si el juez es socialista o liberal, y con eso violamos la segunda condición establecida al principio: no hay manera “jurídica” de decidir estos conflictos que no sea la reproducción del conflicto político. El juez puede seguir llamándose juez, pero ahora es un aliado de una de las partes. Es un activista (liberal, conservador o socialista etc.) disfrazado de juez”.⁴²

⁴¹ *Ibíd.*, Pp. 27-28.

⁴² *Ibíd.*, Pp. 28-29.

Así, Atria desestima las dos premisas que asentara en un comienzo: ni los derechos fundamentales sirven para resolver el conflicto político, ni se puede prescindir de la subjetividad del juez para su resolución. ¿Qué es lo que verdaderamente ocurre, entonces, en la resolución de un conflicto político? Imaginemos un caso en que nuestro Tribunal Constitucional deba decidir sobre la constitucionalidad de una ley que afecte el derecho a la educación. El artículo 19 N° 10 de la Constitución manifestaría, según Atria, un concepto abstracto e insuficiente de tal derecho. Los ministros del Tribunal se verán, pues, forzados a complementar la disposición con sus propias ideas acerca de lo que la Constitución protege al consagrar el derecho a la educación. Así, por ejemplo, un juez socialista fallará en el sentido de garantizar un acceso igualitario al sistema educacional mediante financiamiento público, mientras que un juez liberal optará por reforzar la libertad de enseñanza mediante incentivos a la inversión privada. Dependiendo de cuál sea la concepción que prevalezca entre los ministros del Tribunal Constitucional, se fallará en uno u otro sentido. “El socialista adherirá a una concepción socialista, el liberal a una concepción liberal, etc. [En definitiva,] Cuando se trata de aplicar el Art. 19 de la constitución, no hay, *no puede haber*, distinción entre el razonamiento jurídico y político”.⁴³

La objeción democrática queda así en evidencia, puesto que si el Congreso promulga leyes de corte socialista o liberal está plenamente legitimado para hacerlo, puesto que sus miembros han sido designados en consideración, justamente, de tales preferencias políticas. Pero la ciudadanía no ha elegido a los integrantes del Tribunal Constitucional para que los represente, por lo que la imposición de la opción política de alguno de sus miembros resulta totalmente injustificada. ¿Por qué debiera un socialista comprometido, que expresó su convicción política mediante el sufragio, tolerar que el órgano de control de constitucionalidad imponga una visión liberal sobre la ley que sus representantes, válidamente elegidos, han dictado? ¿Con qué objeto legisla, pues, el parlamento? “[Puesto que] (...) Si el deber de un miembro de un tribunal constitucional es complementar los conceptos constitucionales de igualdad y libertad (etc.) con sus propias concepciones, entonces todos los conflictos políticos son solucionados por la

⁴³ *Ibid.*, P. 29.

constitución así complementada. [En suma,] Podemos prescindir del parlamento y pedirle a los miembros del tribunal constitucional que tomen las decisiones por nosotros”.⁴⁴

Atria no puede evitar llegar a esta conclusión lamentable: si el Tribunal Constitucional legisla, si tiene siempre la última palabra, entonces la labor del Congreso es ociosa y prescindible. Todas las decisiones políticas importantes, para las que fueron elegidos los parlamentarios, serán tomadas por el Tribunal Constitucional. Por eso se opone a que los jueces hagan política, porque “(...) estas decisiones son nuestras, como ciudadanos, y no de jueces. En esto los jueces son, como hemos visto, simplemente otros ciudadanos. (...) Si intentamos sujetar la política al derecho, podemos perder ambos: al derecho porque se hace contingente, vulgarizándose; la política porque se hace no-contingente, en el sentido de que se transforma en una actividad puramente gerencial, reducida a simple racionalidad de medios, pues los fines a los que esa actividad gerencial se orienta ya están determinados por la constitución y sus intérpretes autorizados”.⁴⁵

d. Los argumentos de Zapata

Después de examinar el pensamiento de Atria, y habiendo analizado los principales argumentos a favor del control de constitucionalidad de las normas más sus respectivas refutaciones, estamos en condiciones de afirmar que el principal problema de la jurisdicción constitucional, no obstante todo lo que se pueda escribir y argumentar al respecto, sigue siendo uno mismo: el conflicto con el ideal democrático. Ha resultado verdaderamente imposible soslayar el hecho de que el objeto del control de constitucionalidad, las normas jurídicas, sea un producto de quienes fueron elegidos para representarnos; mientras que el ente fiscalizador, llámese Tribunal Constitucional o de cualquier otra forma, decide sin representar la voluntad de nadie más que sus propios miembros. De esta manera, reiteramos, siempre unos pocos terminarán

⁴⁴ *Ibíd.*, P. 30.

⁴⁵ *Ibíd.*, Pp. 36-37.

decidiendo por muchos. La especialidad del conocimiento, la capacitación técnica, el peso de la historia o la protección de las minorías políticas simplemente no bastan para ignorar este hecho. Por eso, queremos finalizar este apartado revisando unos últimos fundamentos de la justicia constitucional, propuestos por un autor que reconoce el problema que estamos describiendo: Patricio Zapata. Veamos si este autor puede, al fin, dar con una justificación que se haga cargo de la objeción democrática.

El primer argumento de Zapata responde, justamente, a las ideas de Atria que recién analizáramos, en tanto plantea la posibilidad de separar derecho y política en la labor de controlar la constitucionalidad de ciertas normas. Es decir que la revisión judicial de las leyes podría ser cualitativamente distinta de la actividad de formular juicios político-morales sobre el contenido de las mismas. En el lenguaje de Atria, que es posible aplicar el derecho (o los derechos fundamentales) sin echar mano a las propias concepciones políticas del intérprete. ¿Cómo convencernos de ello? Mediante la consideración de dos factores plenamente verificables: la existencia de una dogmática jurídica desarrollada y la operación de incentivos institucionales adecuados.

En cuanto a la dogmática jurídica, Zapata explica que “En la medida que las sociedades se hacen más complejas, sus distintos miembros deben asumir las exigencias de la especialización. Así, sólo el juez o jurista que, actuando en la esfera de los asuntos jurídicos, circunscriba su comportamiento a los cánones aceptados por la cultura jurídica tendrá éxito profesional. El salirse inopinadamente o desembozadamente del cauce de la dogmática lo expone inmediatamente, no sólo al ridículo y/o repudio de sus pares, sino que, también, a la embestida directa y sin ambages de los políticos profesionales. En este punto, sería muy difícil, sino imposible, seguir definiendo “técnicamente” o “científicamente” la tesis objetada. En cualquier caso, el prestigio profesional habrá quedado comprometido. (...) De todo lo que se ha expresado, se desprende, me parece, que el trabajo serio y riguroso de la comunidad científica, una vez difundido, es, a fin de cuentas, la mejor manera de acotar los rangos

de libertad de que dispone el operador jurídico para dar rienda suelta a sus preferencias o a su imaginación”.⁴⁶

Sin embargo, que la dogmática ponga en peligro la reputación profesional del intérprete no constituye un límite suficiente para contener sus deseos y tendencias. Por ello Zapata agrega incentivos institucionales a la fórmula, los que actuarían sobre la voluntad política de los jueces, neutralizándola. “(...) Toca a la ley, entonces, establecer las reglas que permitan identificar, corregir y castigar los excesos de creatividad. Estos arreglos institucionales no podrán, por supuesto, dirigir la mente del intérprete. Lo que sí pueden hacer, sin embargo, es generar marcos que condicionan, desde afuera, la actividad hermenéutica. Así, las normas que regulan el personal judicial (reclutamiento, formación, carrera, calificaciones, rentas, etc.), las que obligan a fundar las sentencias y las que establecen recursos que sancionen el abuso (de queja), garanticen las formalidades (casación en la forma), contemplen una segunda instancia (apelación) o que propendan, derechamente, a uniformar la jurisprudencia (casación en el fondo), son todas ellas regulaciones que caracterizan el contexto en que ha de actuar el aplicador de la ley, diferenciándolo nítidamente de la situación en que se encuentran los legisladores”.⁴⁷

Ambos factores, dogmática jurídica e incentivos institucionales adecuados, modelarían el comportamiento de los jueces en el sentido de excluir toda subjetividad de la función que ejercen. A lo mejor podría dudarse que la dogmática y los incentivos constituyan un estímulo suficiente. Pero no podemos desconocer que hacen un aporte considerable a la hora de intentar despolitizar la jurisdicción constitucional.

El segundo fundamento de Zapata admite que en la Constitución existe un gran número de disposiciones abstractas que importan, más bien, declaraciones de principios con un contenido incierto. Pero además reconoce otro tipo de normas en la Constitución, las que expresarían disposiciones prácticas y/o reglamentarias. Serían

⁴⁶ ZAPATA, Ob. Cit., Pp. 43-44.

⁴⁷ *Ibid.*, Pp. 44-45.

precisamente estas disposiciones –y no la subjetividad del intérprete– las que complementarían, mediante su aplicación, los conceptos proclamados en las otras normas, aquellas que establecen principios y derechos individuales.

“En este punto, entonces, el error de los críticos del *judicial review* estriba en no haber ‘visto’ las disposiciones constitucionales reglamentarias. Y ocurre que son precisamente éstas las que, por su carácter concreto, se prestan más y mejor para la aplicación por vía judicial. De esta manera, y pudiendo ser efectivo que sería difícil para un juez definir ‘Libertad’ sin echar mano a su ideología, no ocurre lo mismo cuando se le pide que verifique si una determinada ley garantiza o no que las órdenes de aprehensión sean debidamente ‘intimidadas’ al momento de la detención o que las personas apresadas sean siempre conducidas a un ‘lugar público destinado a este objeto’. Del mismo modo, buena parte de la dificultad de identificar en abstracto el contenido del ‘debido proceso’ o la ‘libertad de opinión’ decrece significativamente al momento de considerar la prohibición de las ‘comisiones especiales’ o la proscripción de la ‘censura previa’”.⁴⁸

El tercer fundamento que propone Zapata es un poco más débil. Consiste en la valoración del aporte histórico que los tribunales constitucionales han efectuado en la defensa de las minorías políticas. “El *judicial review* es”, nos dice, “(...) una opción política cuya adopción parece abonada por la experiencia histórica del último siglo. No afirmo, por tanto, que la Justicia Constitucional sea necesariamente la única manera de asegurar la libertad. Con mucho más humildad, pero no con menos convicción, sostengo que ésta ha demostrado ser –aun cuando con diferentes niveles de éxito, dependiendo del país de que se trate– un mecanismo generalmente idóneo para proteger los derechos de las minorías”.⁴⁹

Sin embargo, la evaluación de los méritos que la jurisdicción constitucional pueda haber generado en un determinado país, es una cuestión que se sujeta

⁴⁸ *Ibíd.*, P. 48.

⁴⁹ *Ibíd.*, P. 52.

totalmente a la opinión personal de quien los aprecie. En nuestro país, sin ir más lejos, existen autores como José Luis Cea que alaban la labor del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales; mientras que otros como Fernando Atria no se cansan de subrayar sus defectos. En la revisión judicial de las normas existen numerosas experiencias históricas, las que unas veces hablan de virtud y justicia, y otras de defectos y hasta abusos. Es fácil destacar uno u otro tipo de experiencia, por lo que no estimamos conveniente basar la jurisdicción constitucional en este tipo de consideraciones.

El argumento final de Zapata es quizás el más interesante. Recogiendo las ideas de Elster que más atrás analizáramos, postula que las sociedades son comunidades políticas que prolongan en el tiempo la vigencia de sus instituciones, de manera que el pueblo debe honrar los acuerdos sociales de sus antepasados. Ello no implica renunciar al ideal de la autodeterminación ciudadana, puesto que en cualquier momento –reuniéndose las voluntades suficientes– se podrán modificar los pactos anteriores. Lo que se pretende es rescatar el componente social de la tesis del precompromiso, subrayando la obligación de respetar las decisiones políticas de nuestros antepasados.

“(…) Se trata de aceptar, ni más ni menos, que existe una esencial línea de continuidad entre quienes integran, en distintos momentos en el tiempo, una determinada comunidad política. La Polis no nace de la nada para cada uno de nosotros el día que cumplimos la mayoría de edad requerida para ser ciudadanos. Junto con heredar el conjunto de derechos que otros, nuestros padres y abuelos, ganaron para nosotros; debemos hacernos cargo, también, de ciertas cargas o límites que vienen anexas a tales prerrogativas. Precisamente, porque somos una comunidad *democrática* podemos, si queremos, desplegar nuestra energía política para alterar el Pacto en que las promesas pasadas han quedado registradas. Ahora bien, y por el hecho de ser la democracia *de una comunidad* –de una continuidad social que no muere ni nace con cada proceso electoral o con cada gobierno–, las promesas constitucionales de nuestros padres y hermanos mayores han de honrarse mientras no las hayamos alterado expresa y formalmente. Ahora bien, el hecho que existan, y se

acepten, ciertas líneas de base preestablecidas desde donde comenzamos nuestra deliberación política no tiene que entenderse necesariamente sólo como un freno. Tales puntos de partida pueden ser, también, en algún sentido, facilitadores del debate democrático”.⁵⁰

Concordamos en gran medida con las conclusiones de Zapata: nos sentimos parte de una comunidad política cuyos pactos deben ser respetados, por lo que estaríamos dispuestos a conformar nuestra voluntad con arreglos institucionales que impongan límites a las mayorías. Pero advertimos un problema con esto: estaríamos aceptando un modelo de justicia constitucional basados en la continuidad de las instituciones políticas y en la conveniencia de respetarlas, no en las virtudes intrínsecas de dicho modelo. Es decir, aceptaríamos limitar nuestra voluntad soberana porque ello es necesario para mantener la continuidad de los acuerdos adoptados en nuestra comunidad, no porque dichos acuerdos en verdad nos convenzan. En suma, el último fundamento de Zapata no actúa sobre la validez del control de constitucionalidad de las normas, sino que da buenas razones para considerar que éste es inevitable y relativamente invariable. Pero no queremos aceptar la jurisdicción constitucional a regañadientes, preferimos estar convencidos de que tiene cualidades suficientes para desear mantenerla. Y con este argumento tampoco lo hemos conseguido.

Si todos los fundamentos revisados en este apartado nos han merecido algún reparo, quiere decir que el debate sigue abierto y seguramente generará nuevos planteamientos en lo sucesivo. Destacamos el trabajo de Atria y Zapata por haber mantenido viva la discusión, aportando nuevos puntos de vista a la misma. La doctrina tiene la misión de continuar elaborando fundamentos que den con la receta de una justicia constitucional cuyas determinaciones no merezcan duda.

1.4. Sistemas de control de constitucionalidad.

Al explicar la génesis de la revisión judicial de las normas anticipamos la existencia de a lo menos dos modelos bien diferenciados: el norteamericano que nació

⁵⁰ *Ibid.*, Pp. 65-66.

primero, y el europeo que surge de las modificaciones introducidas a aquél. Además suele hablarse de sistemas de control difuso en oposición a concentrados; y sistemas concretos en oposición a abstractos. La verdad es que estas últimas denominaciones no designan un modelo en sí mismo, sino que sólo algunos caracteres que éstos pueden adoptar. Por ejemplo, el modelo norteamericano tiende a ser difuso y concreto, mientras que el europeo acostumbra ser más concentrado y abstracto. Este apartado tiene por objeto aclarar y caracterizar cada uno de estos sistemas y nomenclaturas, que representan las diferentes alternativas dentro de las cuales las Constituciones deberán optar en la adopción de sus sistemas de jurisdicción constitucional. A la vez, iremos caracterizando el sistema existente en Chile a la luz de estos conceptos.

a. Control difuso y concentrado

El control difuso de constitucionalidad es aquel en que a todos los tribunales del poder judicial les corresponde velar por la correcta aplicación de la Constitución en las normas que dicta el Congreso. Es decir que no existe un órgano que ostenta en forma privativa la función en análisis, sino que ésta pertenece a la generalidad de los jueces. Es el sistema propio del constitucionalismo norteamericano. Por control concentrado de constitucionalidad, en cambio, comprendemos un sistema en que dicha atribución se radica en un único organismo, normalmente creado para tales efectos. Es lo que ocurriría en Europa y los demás países que han adoptado su modelo.

Como expresa Fernández Segado, “(...) en los sistemas constitucionales actuales la jurisdicción que nos ocupa se diversifica en dos grandes bloques: los *sistemas de Jurisdicción difusa*, caracterizados por tener todos los jueces a su cargo la vigilancia del cumplimiento y observancia del texto constitucional, e inspirados en el sistema norteamericano; y los *sistemas de Jurisdicción concentrada*, que siguen la tradición austríaco-kelseniana, y que vienen caracterizados por el hecho de corresponder a un órgano *ad-hoc*, no inserto en la Jurisdicción ordinaria, la función de

velar por la constitucionalidad de las leyes y por el subsiguiente respeto del texto constitucional”.⁵¹

A la hora de calificar al régimen nacional a la luz de estos conceptos, es forzoso hacer una distinción previa. En primer lugar debe considerarse la situación en que se encuentran las leyes como objeto de control de constitucionalidad, para luego razonar sobre el régimen al que se sujeta la revisión de resoluciones, simples decretos y decretos supremos presidenciales. En una idea, debe considerarse la diferencia que existe en el tratamiento de leyes y actos administrativos.

En cuanto a las primeras, las leyes, éstas se encuentran sujetas a un sistema estricto de control concentrado. La ley 20.050 extrajo de la esfera de competencia de la Corte Suprema el control de constitucionalidad de las leyes, para radicarla –de forma única y exclusiva– en el Tribunal Constitucional. Desde entonces el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes.

Respecto de los actos administrativos, sin embargo, la situación es diferente. Ciertamente que el Tribunal Constitucional ostenta una competencia preponderante en la verificación de la constitucionalidad de tales normas, ello en virtud del artículo 93 N° 9 y 16 de la Constitución. Pero dicha competencia en ningún caso es exclusiva, puesto que existen otros órganos facultados para confrontar los decretos y resoluciones presidenciales con el texto de la Constitución. Además del Tribunal Constitucional, pueden mencionarse los tribunales ordinarios de justicia y la Contraloría General de la República. El control de los tribunales de justicia se ejerce a través de diversos mecanismos, como serían la acción de protección, la nulidad de derecho público, etc. En cuanto a la Contraloría, el artículo 99 inciso tercero de la Constitución especifica que es obligación del Contralor General tomar razón de todo decreto o resolución que sea contrario a la Constitución.

b. Control concreto y abstracto

⁵¹ FERNÁNDEZ Segado, Ob. Cit., P. 29.

Si la categoría anterior –control difuso y concentrado– apuntaba al órgano u órganos que podían contar con una atribución específica, esta categoría se refiere a la naturaleza misma de aquella atribución. En efecto, existen dos maneras de llevar a cabo el control de constitucionalidad de una norma. En la primera el control es casuístico, pues la contrastación entre una norma y la Constitución se genera en el contexto de un litigio judicial pendiente. En la segunda manera, tal contrastación se realiza sin consideración a la existencia de un caso concreto o de sujetos involucrados, y muchas veces con anterioridad a la promulgación de la ley o decreto. La primera manera se conoce como control concreto de una norma, mientras que la segunda se denomina control abstracto.

Así, el control concreto “(...) exige que la comparación se efectúe entre la Constitución y una ley específica en relación con un problema judicial pendiente, de lo cual se sigue que no se trata, solamente, de un examen de Derecho estricto”.⁵² El abstracto, por su parte, “(...) se despliega en el sentido de confrontar el texto y contexto de la Constitución con los de la ley, prescindiendo de los sujetos involucrados y de los hechos que configuran el caso concreto...”.⁵³

Respecto del control abstracto, suele cometerse el error de pensar que se trata de un control a priori de la constitucionalidad de una ley, puesto que se llevaría a cabo con anterioridad a su promulgación. Ello contrastaría con la situación del control concreto, que se realiza respecto de una normativa ya vigente, que está siendo aplicada en un juicio pendiente. Pero este no es el rasgo distintivo o definitorio de este tipo de control. Siguiendo a Favoreu, “El control abstracto de las normas es, esencialmente, el llevado a cabo por autoridades políticas, y poco importa que lo haya sido a priori o a posteriori, pues se trata siempre de un contencioso objetivo, ya que es un proceso entablado a un acto: la ley”.⁵⁴

⁵² CEA. El control... Ob. Cit., Pp. 438-439.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ FAVOREU, Ob. Cit., P. 36.

Para calificar el sistema chileno a la luz de esta categoría, debemos hacer la misma distinción que hicieramos más atrás entre leyes y actos administrativos, toda vez que el control de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional ejerce respecto de las leyes es concreto, mientras que es abstracto el que recae sobre decretos, resoluciones y decretos supremos del Presidente de la República. En el primer caso, porque el artículo 93 de la Constitución establece como facultades del Tribunal Constitucional resolver sobre la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación, en cualquier gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial, sea contraria a la Constitución (numeral 6°); y eventualmente resolver su inconstitucionalidad en caso de haberlo declarado inaplicable conforme a la facultad anterior (numeral 7°). Por si quedara alguna duda, el mismo artículo 93 expresa más adelante que están legitimados para plantear la inaplicabilidad de la norma cualquiera de las partes o el juez que conoce del asunto.

En cuanto a los decretos, resoluciones y decretos supremos del Presidente de la República, la facultad se encuentra conferida al Tribunal Constitucional por el artículo 93, numerales 9° y 16°. El control sobre tales normativas es abstracto sin lugar a dudas, puesto que prescinde de casos judiciales concretos y se genera a instancia de autoridades públicas: los decretos y resoluciones deben haber sido representados por la Contraloría General de la República; mientras que los decretos supremos deben ser objeto de un requerimiento promovido por la mayoría de cualquiera de las Cámaras (en caso de emanar de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente), o por una cuarta parte de sus miembros (en caso de emanar de la potestad reglamentaria de ejecución). Es decir que en ambos casos el control se verifica a iniciativa de entidades públicas, con ocasión de la tramitación y dictación de las preceptivas señaladas, y sin consideración a litigios pendientes o partes interesadas.

Habiendo revisado las categorías de control difuso versus concentrado y la de control concreto versus abstracto, nos corresponde analizar con más detalle los modelos de control de constitucionalidad norteamericano y europeo. Desde ya adelantamos que el sistema chileno no coincide cabalmente con ninguno de ellos, sino que toma elementos de ambos.

c. El modelo norteamericano

De acuerdo con Fernández Segado, son tres las notas distintivas que caracterizarían al sistema norteamericano: “a) Todos los órganos judiciales ordinarios pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes, con ocasión de las controversias suscitadas ante ellos. Se trata, pues, de una jurisdicción difusa que, sin embargo, no da lugar a una jurisprudencia dispersa y contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa de correctivo del sistema. Y, así, puede afirmarse que el principio de stare decisis, característico de los países de “common law”, implica que las posibles divergencias entre los distintos tribunales sobre la constitucionalidad de una misma ley puedan ser decididas, a través del sistema de impugnaciones, por los órganos judiciales superiores y, específicamente, por el Tribunal Supremo, cuya decisión será en lo sucesivo vinculante para todos los tribunales. b) La ley sospechosa de inconstitucionalidad no es susceptible de impugnación directa; la hipotética vulneración de la Constitución sólo podrá hacerse valer como cuestión incidental. c) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son la declaración por el juez de la nulidad preexistente de la ley (efectos ex tunc, esto es, retroactivos), y, dado el carácter incidental de la demanda, limitados al supuesto concreto (efectos inter partes, que no erga omnes)”.⁵⁵

Es decir que en primer lugar se trataría de un modelo de jurisdicción difusa, ya que todos los órganos judiciales pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. En segundo término se exhibe una regulación concreta de las normas, pues éstas se impugnan sólo por la vía incidental y durante el curso de un proceso pendiente. Finalmente, en cuanto al efecto de la declaración de inconstitucionalidad, ésta operaría retroactivamente y afectando únicamente a las partes en juicio.

Cea agrega algunas características más, como que el control de constitucionalidad puede comprender aspectos de fondo y forma y que es aplicable únicamente a los actos legislativos ya dictados y en vigor, excluyéndose el control

⁵⁵ FERNÁNDEZ Segado, Ob. Cit., Pp. 29-30.

preventivo o ex ante, llamado también control a priori. Asimismo, al estar radicado en la generalidad de los órganos judiciales, se encuentra sujeto a un procedimiento común y no a reglas especiales. Además, las acciones que dinamizan el control son deducibles, exclusivamente, por las partes en litigio. Ello explicaría que sus efectos sean relativos en lugar de erga omnes, como ya apuntamos. Por último, dichos efectos se circunscriben al precepto legal tachado o a una parte de él, de modo que no es susceptible de extensión a disposiciones legales conexas o complementarias de aquél.⁵⁶

El régimen al que se sujeta la revisión judicial de las normas en Chile recoge varias de las características recién indicadas. Así, tal como dijimos más atrás, se trata de una función que se radica en varios órganos (es difusa) cuando recae sobre actos administrativos presidenciales. Adicionalmente, se ejerce un control concreto de la constitucionalidad de las normas que quedan bajo el resguardo de dichos órganos, pero siempre y cuando éstas tengan naturaleza jurídica de ley. Ello por cuanto el control que se ejerce respecto de las leyes se genera a instancia de las partes en litigio o del juez que conoce del asunto, al igual que en el sistema norteamericano. Conformemente, los efectos de la declaratoria de inaplicabilidad afectarían únicamente a las partes en conflicto. Pero si esta inaplicabilidad deviniese en inconstitucionalidad de la ley impugnada, sus efectos excederán el ámbito del proceso judicial, a diferencia del régimen en comento.

Finalmente, tal cual sucede en el régimen norteamericano, el control de constitucionalidad es aplicable únicamente a los actos legislativos ya dictados y en vigor, excluyéndose el control ex ante o preventivo. Sin embargo, nuevamente se trata de un rasgo que podemos reconocer en el control de las leyes con exclusión de las normativas emanadas del Presidente de la República. Del mismo modo, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad se circunscriben al precepto legal impugnado, sin extenderse a otras disposiciones conexas o complementarias a él.

⁵⁶ CEA. El control... Ob. Cit., P. 438.

En definitiva, podemos decir que son varios los aspectos que el sistema chileno de control de constitucionalidad toma del modelo norteamericano. Con todo, dichos aspectos suelen decir relación con la revisión de normativas estrictamente legales, por lo que no se aplican a aquellos controles efectuados respecto de otro tipo de normas, como los actos administrativos presidenciales. Respecto de éstos el sistema chileno se aleja del norteamericano y se aproxima más al europeo, como veremos a continuación.

d. El modelo europeo

Ya hemos visto que el rasgo definitorio del modelo europeo es la concentración de la justicia constitucional en un órgano especial e independiente. Así lo destacan los autores. Para Favoreu, por ejemplo, lo que caracteriza al régimen es la existencia de un “monopolio de lo contencioso constitucional” por parte del tribunal ad-hoc: “La justicia constitucional se concentra en manos de una jurisdicción especialmente creada con este objeto, y que goza de monopolio en este ámbito. Ello significa que los jueces ordinarios no pueden conocer de lo contencioso reservado al Tribunal constitucional”.⁵⁷ Además, se trata de una jurisdicción que se encuentra fuera del aparato jurisdiccional, lo que distinguiría a los tribunales supremos de los tribunales constitucionales: “(...) mientras que el primero se sitúa necesariamente –y de ahí su nombre– en la cúspide de un edificio jurisdiccional, el segundo se halla fuera de todo aparato jurisdiccional”.⁵⁸

Por su parte, Cea subraya el carácter eminentemente abstracto del modelo, que “(...) se despliega en el sentido de confrontar el texto y contexto de la Constitución con los de la ley, prescindiendo de los sujetos involucrados y de los hechos que configuran el caso concreto, de manera que en su exterioridad, al menos, es de índole jurídico-positiva y nunca de naturaleza y significado político”.⁵⁹

⁵⁷ FAVOREU, Ob. Cit., P. 28.

⁵⁸ *Ibid.*, P. 34.

⁵⁹ CEA. El control... Ob. Cit., P. 439.

En cuanto al objeto del control que se despliega, estaría compuesto principalmente por “(...) proyectos de ley o de tratados internacionales en trámite parlamentario de aprobación. Excepcionalmente, quedan dentro de la revisión judicial los decretos supremos u otros actos estatales subconstitucionales e infralegales”.⁶⁰

Adicionalmente se suele mencionar que el sistema abarca tanto aspectos de fondo como de forma. También que el control se ejerce con sujeción a un procedimiento especial, breve o sumario. En cuanto a los sujetos legitimados, el proceso se instruye mediante requerimiento a instancia de los órganos constitucionales habilitados por la propia Constitución para ello. Por último “(...) la resolución que decide el asunto tiene efecto erga omnes o general, pero circunscrito en su alcance nada más que al o los preceptos legales tachados como contrarios al Código Político”.⁶¹

En Chile, tal y como hemos venido señalando, la jurisdicción constitucional recoge varios de los caracteres recién analizados, pero sólo respecto del control de los actos administrativos del Presidente de la República. Soslayando el hecho de que tal control es difuso mientras que el modelo europeo es claramente concentrado, son muchísimas las similitudes. Por ejemplo, se trata de un control abstracto que confronta el acto con el texto de la Constitución sin consideración a litigio alguno. De igual manera, los sujetos legitimados para poner en marcha el procedimiento son ciertas y determinadas autoridades políticas: los decretos y resoluciones deben haber sido representados por la Contraloría General de la República; los decretos supremos deben haber sido objeto de un requerimiento promovido por la mayoría de cualquiera de las Cámaras (en caso de emanar de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente), o también por una cuarta parte de sus miembros (en caso de emanar de la potestad reglamentaria de ejecución). Por último el fallo del Tribunal Constitucional tiene efectos erga omnes, los que se circunscriben únicamente al precepto legal impugnado.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

En conclusión, el sistema chileno de revisión judicial de las normas no adhiere plenamente a ninguno de los modelos. Toma prestadas características de ambos regímenes, dependiendo de cuál sea la naturaleza jurídica que exhiba la normativa objeto de control. Hemos visto que tratándose de las leyes nuestro sistema se aproxima más al modelo norteamericano; mientras que respecto de decretos, resoluciones y decretos supremos presidenciales, se acerca más al modelo europeo recién estudiado.

e. El control de constitucionalidad difuso de los actos administrativos presidenciales: ¿una adopción defectuosa del modelo europeo?

Después de estudiar las principales características del modelo norteamericano y europeo, sabemos que la mayor innovación introducida por los países europeos al modelo norteamericano es la radicación de la jurisdicción constitucional en un órgano especial. En efecto, de todas las características analizadas, la existencia de un órgano ad-hoc a cargo de la revisión judicial de las normas es el rasgo que mejor distingue al régimen europeo.

Ahora bien, son diversas las razones que motivaron esta modificación substancial. Se menciona, primero que nada, la enorme influencia de Hans Kelsen, quien considera como una verdadera “(...) ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida. No es pues el Parlamento mismo con quien se puede contar para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional–”.⁶²

⁶² KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. En Escritos sobre la democracia y el socialismo, Madrid, Editorial Debate, 1988. P. 21.

En seguida, Favoreu menciona la “incapacidad del juez ordinario” como razón para haber optado por un tribunal ad-hoc. Es una explicación que gravita en el mayor grado de preparación técnica con que contarían los ministros de un organismo especial, en contraposición a la de los jueces ordinarios. “Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de ‘carrera’, poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de ‘meros intérpretes’ y ‘fieles servidores’ de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente el núcleo central de éstas, que es la Declaración de los derechos fundamentales o ‘Bill of Rights’, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional ‘debilidad y timidez’ del juez según el modelo continental”.⁶³

Pero quizás la razón más interesante se encontraría en las eventuales consecuencias nocivas que provocaría la adopción de un control difuso sin contar, al mismo tiempo, con un estricto apego al precedente jurisprudencial como los países del common law. “Las referidas consecuencias nocivas vendrían sustancialmente a perturbar el ineludible principio de certeza o seguridad jurídica. Y derivarían, por sólo citar dos factores, de: a) el hecho de que una misma ley sea diversamente apreciada en orden a su constitucionalidad por distintos órganos judiciales, o aun por el mismo órgano en momentos sucesivos, y b) la posibilidad de contrastes de tendencias distintas entre órganos jurisdiccionales de diferente tipo o de diverso grado”.⁶⁴

Dicho de otra forma, la radicación de la función judicial-constitucional en varios órganos originaría una diversidad de criterios y de decisiones tan grande que pondría en riesgo la seguridad jurídica de la ciudadanía. En el modelo norteamericano, este problema se subsana con el principio de la vinculación judicial por el precedente, conocido como “stare decisis”. Pero no rigiendo dicho principio, lo más conveniente

⁶³ FAVOREU, Ob. Cit., P. 19.

⁶⁴ FERNÁNDEZ Segado, Ob. Cit., P. 31.

sería radicar la función en un órgano específico, cosa de poder reducir el riesgo de generar inseguridad jurídica a través de decisiones contradictorias.

Este es justamente el problema que existe con el control de constitucionalidad de los decretos, resoluciones y decretos supremos del Presidente de la República. Ya decíamos más atrás que el régimen judicial chileno de regularidad constitucional se acerca, en lo relativo a la revisión de las leyes, a un sistema de jurisdicción concentrada; mientras que en lo relativo al control de simples decretos, resoluciones y decretos supremos presidenciales, se acerca más a un modelo de jurisdicción difusa. Carmona se encarga de poner de manifiesto esto último, al afirmar que “El tribunal constitucional no tiene el monopolio del control de constitucionalidad de los actos administrativos en nuestro sistema. Este se encuentra escindido en varios órganos. La Contraloría, los tribunales y el Tribunal Constitucional. El control de la Contraloría se ejerce a través de la toma de razón. Este es un control jurídico, obligatorio, preventivo y general de los actos de la administración. En este caso, el Presidente de la República no tiene la facultad de insistir, sino que puede llevar el asunto al Tribunal Constitucional para que este resuelva (art. 99 inciso tercero). El control de los tribunales, por su parte, tiene varias manifestaciones. Puede ejercerse a través del recurso de protección, la acción de nulidad de derecho público, etc. El Tribunal Constitucional tiene asignada una parte de este control de constitucionalidad”.⁶⁵

Pero al tiempo que se trata de un control de tipo difuso, no existe obligación alguna de respetar el precedente que van generando los tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional o incluso las decisiones de la Contraloría. En consecuencia, la jurisprudencia de estas entidades tiene el potencial de poner en serio peligro el principio de certeza jurídica. Es más –como veremos al examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema–, la experiencia viene demostrando un gran deterioro de dicho principio, provocado mediante graves y constantes contradicciones en los fallos que año a año se han ido dictando.

⁶⁵ CARMONA Santander, Carlos. El artículo 93 N° 16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 72 (2010). Pp. 55-56.

De esta manera, podemos afirmar que existe un problema complejo con el control de regularidad constitucional de los actos administrativos presidenciales. Las inconsistencias del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de los decretos es un tema muy postergado en nuestra dogmática jurídica, que merece un esmerado tratamiento y una pronta solución.

1.5. Consideraciones finales.

Este capítulo ha tenido como objetivo aproximarnos a la revisión judicial de las normas en general, sin consideración a la naturaleza jurídica de dichas normas como objeto de control. Se han abarcado, pues, temas tan abstractos como las raíces del control de constitucionalidad, sus fundamentos y sus diferentes modalidades. Todas estas materias son, en alguna medida, aplicables a una amplia gama de regulaciones. De aquí en adelante, sin embargo, enfocaremos el análisis en una cierta clase de normas: los actos administrativos emanados de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, poniendo el énfasis en los decretos supremos.

Ahora bien, si hemos considerado los aspectos teóricos del control de constitucionalidad en referencia a todo tipo de normas, sin especificación alguna de su categoría, es porque dicho control se ha vinculado predominantemente a las leyes. Tradicionalmente, la génesis y desarrollo de la jurisdicción constitucional ha dicho relación con el control de regularidad de las leyes, mientras que el control de otro tipo de normas ha jugado un papel secundario.

Por ello, a la hora de abordar la revisión judicial de los actos administrativos, debemos tener en cuenta que son poquísimos los sistemas normativos que entregan al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de estos actos. Se trata de una situación muy excepcional que podemos encontrar en contados países, como Austria y Chile: “En el Derecho Comparado la regla general es entregar el conocimiento de estas materias a tribunales contencioso administrativos o bien radicarlos en la jurisdicción ordinaria. Fuera del caso chileno, sólo en Austria el control de los actos administrativos ha sido encomendado al Tribunal Constitucional. El Tribunal austríaco controla los Reglamentos (Verordnungen). Dicho término se emplea en el sentido más amplio

posible: Reglamentos del gobierno federal y de los *Länder*, Ordenanzas, Circulares e instrucciones; se excluyen, de acuerdo con la doctrina más autorizada, los Reglamentos internos meramente administrativos (distintos de los Reglamentos administrativos). La sentencia puede anular parcial o totalmente el Reglamento; dicha sentencia debe ser publicada".⁶⁶

Pero debemos precisar que, por muy particular que resulte radicar el control de constitucionalidad de los actos administrativos en un tribunal constitucional, las temáticas revisadas en este capítulo son plenamente aplicables al resto de los casos.

⁶⁶ ALONSO García, Enrique. El Tribunal Constitucional Austríaco. En El Tribunal Constitucional, volumen I, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981. Pp. 431-439.

CAPITULO II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

2.1. Consideraciones previas.

En el capítulo anterior se analizó la atribución del Tribunal Constitucional de revisar en sede jurisdiccional los actos emanados del Presidente de la República, es decir, una de sus facultades dentro del amplio abanico de competencias que se adicionaron luego de la Reforma Constitucional del año 2005.

En este capítulo se analizará la potestad reglamentaria del Presidente de la República y uno de sus productos normativos más trascendentales, los decretos supremos.

Sin embargo, antes de entrar al análisis de los decretos emanados del Presidente, es necesario establecer la relación existente entre éstos y la ley, o como se señala doctrinariamente, la relación entre la ley y el reglamento, para así poder circunscribir adecuadamente el lugar que el reglamento ocupa dentro del entramado normativo chileno, y más específicamente dentro de la misma Constitución.

2.2. Relación entre ley y reglamento.

Cuando se habla de potestad reglamentaria del Presidente de la República indefectiblemente hay que referirse a uno de los límites competenciales que impone la Constitución, cual es la reserva legal, a la que se encuentra íntimamente ligada. Esto es especialmente relevante en nuestro país, por cuanto cobra especial relevancia el tópico de la conexión entre la ley y el reglamento, pues tal vinculación se encuentra inmersa en un sistema caracterizado por la capacidad normativa variable, que no

conjuga con claridad los campos competenciales y configuradores de la reserva legal y la potestad reglamentaria.⁶⁷

En base al principio de reserva legal, se han consagrado en los ordenamientos constitucionales históricos y comparados dos grandes sistemas en la relación que ha de existir entre ley y reglamento. Por una parte se encuentra aquél que se construye sobre la base de la primacía de la ley y la existencia de una reserva parlamentaria, de tal forma que el reglamento sería una norma complementaria y subordinada a la misma. Este modelo es conocido también como el sistema francés⁶⁸. Por otra, se encuentra el modelo que, reconociendo un determinado ámbito de reserva material legislativa, mantiene también una reserva reglamentaria como un verdadero poder propio e independiente del ejecutivo. Este es el sistema germánico o de distribución horizontal de materias.⁶⁹

Respecto de nuestro país, la Constitución de 1925 seguía el sistema del llamado “dominio mínimo legal”, conforme al cual se enumeraban una serie de materias que necesariamente debían ser reguladas por la ley. En las restantes, es decir, aquellas no contenidas en dicha enumeración, era posible tanto la intervención del Poder Legislativo como del Presidente de la República, campo concurrente donde prevalecía, por cierto, la disposición de mayor jerarquía.

El ámbito de actividad del órgano legislativo podría llegar entonces, hasta donde quisieran los legisladores, con el consecuente riesgo de producir una verdadera “elefantiasis” legislativa.

Si respecto de una materia que la Constitución no mencionaba como propia de ley, el Poder Legislativo abordaba su regulación, se clausuraba con ello el radio de

⁶⁷ CAZOR Aliste. Kamel y Pfeffer Urquiaga. Emilio. La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile en *Ius et Praxis*. Pág. 191-227.

⁶⁸ CORDERO Quinzacara, Eduardo. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria en *Revista de Derecho de la PUC de Valparaíso*. primer semestre de 2009. Pp. 413-414.

⁶⁹ *Ibíd.* P. 414.

acción del Presidente de la República. Al contrario si primero era éste quien dictaba normas reglamentarias, el legislador igualmente podía regularlas produciéndose con ello su derogación. Lo anterior era posible, pues la enumeración de las materias de ley no tenía carácter taxativo, quedando un cúmulo de aspectos en lo que se vino en llamar la “tierra de nadie”.⁷⁰

La doctrina nacional, en su mayoría, está de acuerdo que la Constitución de 1980 modificó de manera importante el ámbito de competencia de la ley en relación a la potestad reglamentaria del Presidente de la República respecto de la Constitución Política de 1925, transitando de un “dominio mínimo legal” a un “dominio máximo legal”, consagrado en la Constitución en los siguientes términos:⁷¹

1. Art. 63: “**Sólo** son materias de ley: (...)”
2. Art. 32: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

Nº 6 Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

Estas dos disposiciones constitucionales son el eje sobre el que gira el llamado “dominio máximo legal”, por cuanto al establecer el constituyente en el artículo 60 (actual artículo 63) que “sólo” serán materias de ley las materias que enumera, cierra la posibilidad al legislador de regular otros aspectos de los de allí enumerados. Por otro lado, al establecer dentro de las atribuciones del Presidente que podrá ejercer la potestad reglamentaria en aquellas materias que no sean propias del dominio legal, le

⁷⁰ VERDUGO Marinkovic, Mario. Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución *en Revista de Estudios Constitucionales (Año 1, N° 1)*, Número de homenaje a don Alejandro Silva Bascuñán, Universidad de Talca. 2003. P. 391.

⁷¹ Es necesario señalar que la Reforma Constitucional del Año 2005 se modificó la numeración de diversos artículos de la Constitución, lo que se indicará en cada caso. Para el objeto de nuestro estudio, ciertas materias no sufrieron modificación sustantiva alguna, como el caso de la reserva de ley, pero otras si tuvieron profundos cambios, lo que también se indicará oportunamente.

está entregando una competencia de carácter residual para normar por la vía del reglamento.

Lo anterior es afirmado por la misma Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, tal y como lo señala el comisionado Bertelsen:

“(…) en la distribución de competencia entre el legislativo y el Reglamento se efectúa una de las innovaciones de mayor importancia jurídica y política de la nueva Constitución. Agrega que hasta ahora en Chile el reparto se ha efectuado estableciendo constitucionalmente lo que se ha denominado un “dominio mínimo legal”, materia ésta preceptuada por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que no es taxativo. Añade que en el resto de las materias puede intervenir el Gobierno, mediante la vía reglamentaria, o el Parlamento, con la consecuencia –por la aplicación del principio clásico de jerarquía jurídica de que si hay ley el reglamento debe subordinarse a la misma– de que un Legislativo “invasor” no tendría límite en su actividad, al ir ocupando una serie de campos que serían más propios de regulación por la vía administrativa. Anota que ahora se pretende dar una distribución completamente distinta en lo concerniente al campo de la ley y de la potestad reglamentaria, determinándose con carácter taxativo cuáles son las materias que necesariamente deben ser reguladas por ley, pero en las cuales no puede intervenir el reglamento”.⁷²

En la misma línea el profesor Eduardo Aldunate Lizana asevera:

“La modificación introducida por la Constitución de 1980 al sistema de dominio legal de la Carta de 1925, pareció muy evidente en lo relativo, justamente, a las atribuciones del legislativo contrapuesta a las facultades reglamentarias del Presidente de la República; pero no pasó lo mismo –y más bien fue omitida por completo– en sus efectos relativos a las atribuciones del legislativo para regular la potestad reglamentaria del Ejecutivo. (...) En un sistema como el adoptado por la Constitución de 1980, la división constitucional de competencias entre potestad legislativa y potestad

⁷² Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión N° 358, Vol. 10, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

reglamentaria tiene como principal efecto eliminar la posibilidad de que, vía legislativa, se altere la plenitud de competencia reglamentaria entregada al presidente, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución contiene una habilitación al legislador en este sentido”.⁷³

En palabras de otro autor nacional:

- Con el artículo 60 (actual artículo 63) de la Constitución se estableció el dominio legal máximo , reservando las materias de competencia exclusiva del legislador y situando la potestad reglamentaria del Presidente como norma de clausura del ordenamiento constitucional;
- Al otorgar la cualidad taxativa al catálogo del artículo 60 (63), da una competencia de atribución y no genérica al legislador;
- El legislador, al cumplir el mandato del artículo 60 (63), debe dictar normas generales y básicas, salvo el caso de leyes particulares que se mencionan en el mismo artículo. Lo que trae como consecuencia que el legislador también debe formular normas abstractas y predeterminadas;
- Por último, la ley debe ser innovadora, por cuanto le toca a ella sentar las bases esenciales de nuevos ordenamientos jurídicos (...).⁷⁴

Es respecto de esta regulación del dominio máximo legal que se configura la relación entre ley y reglamento en la actualidad, puesto que así se definirá el ámbito competencial de cada uno. Así, como señala el profesor Carmona, para entender el rol del reglamento en la Constitución Política en primer lugar hay que atender al N° 20 del artículo 63 de la Constitución, el cual establece lo siguiente:

⁷³ ALDUNATE Lizana, Eduardo. La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, auto acordados, y facultades del fiscal nacional *en* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2009).

⁷⁴ CAZOR Aliste, Kamel. La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República. Tomo I. Universidad Central de Chile. 2002. P. 105.

“Art. 63 N° 20: Sólo son materias de ley: Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, el conflicto consiste en si la ley sólo debe abordar las bases esenciales en algunas leyes o en todas, es decir, si se trata de un requisito aplicable a todas las materias que establece el artículo 63 o sólo respecto de algunas de ellas. Para una parte de la doctrina, este numeral no establece ningún requisito sustantivo a la ley. Ésta, de acuerdo al mérito de la regulación, puede ir de lo general a lo particular. El grado de oscilación lo permite la Constitución; cada ley debe definir el nivel de la normativa, o sea, si es general o particular. Por lo mismo, no hay un ámbito reservado al reglamento en la pormenorización de las normas de la ley.

Para otra parte de la doctrina, el artículo 63 N°20 establece un requisito sustantivo a la ley. Ésta solamente puede concentrarse en lo relevante y en lo general, dejando lo accesorio, lo complementario o secundario a la norma administrativa. El reglamento tiene un ámbito reservado en su tarea de ejecución. A esta norma le corresponde la pormenorización, es decir, la regulación accesorio; adjetiva o secundaria de la norma legal.⁷⁵

2.3. Reserva absoluta y reserva relativa de ley.

Una vez que se ha explicitado la posición dominante respecto a la relación entre la ley y el reglamento en la Constitución de 1980, esto es, que existió una profunda modificación en el ámbito competencial de cada uno, transitando de un dominio legal mínimo en la Constitución de 1925 a un dominio legal máximo en la Carta actual, ahora corresponde analizar cuál es la intensidad con que el reglamento puede regular derechos y su relación con la ley que lo autoriza. Como señala el profesor Carmona:

“Una vez superada la disputa de que el reglamento no puede regular derechos, ahora hay que determinar cuál es el margen o ámbito de su intervención. La discusión

⁷⁵ CARMONA Santander, Carlos. El artículo 93 N° 16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 72 (2010). P. 71.

no es si puede regular, sino cuánta regulación le es posible sin exceder o contravenir la ley que ejecuta”.⁷⁶

Es decir, se trata de dilucidar hasta qué punto el reglamento puede regular o pormenorizar la ley sin que invada el ámbito reservada a ésta, como señala Luis Cordero:

“Es bien conocido por la literatura especializada que la reserva de ley es una técnica que, al atribuir al Poder Legislativo la regulación de determinadas materias, impide que los reglamentos administrativos puedan decidir sobre las mismas y, especialmente, regular o intervenir sobre la propiedad y libertad de los ciudadanos. Esta última justificación, se ha ampliado a otras categorías en la medida que implican imposición de límites al legislador (prohibición de deslegalización) y a la exigencia de que las leyes adopten las decisiones esenciales en todas las materias en que intervienen los poderes públicos, aunque no se trate de limitar o regular derechos y, además, que lo hagan incorporando un contenido normativo suficiente para predeterminar las decisiones de carácter aplicativo y concreto que adoptan los tribunales y la Administración Pública”.⁷⁷

En este apartado seguiremos el planteamiento del Profesor Carmona. En relación a cuánta regulación le es posible al reglamento sin contravenir o exceder la ley que ejecuta, distingue dos posiciones:

1. Una que analiza el reglamento con estricta sujeción a la ley. Acorde con esta postura, el reglamento no puede reemplazar a la ley, sólo puede ejecutarla, detallarla o especificarla.

⁷⁶ CARMONA Santander, Carlos. Un nuevo estadio en la relación ley y reglamento en Revista de Derecho Público N° 63 (2002) t.2.

⁷⁷ CORDERO, Luis (2006). "Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública", P. 10. Disponible en:

<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Luis%20Cordero%20V.pdf>

2. 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 sustancia de la ley, sino también contener todo lo necesario para el cumplimiento y aplicación de la normativa legal. En este sentido, el reglamento no sólo tendría un rol de pormenorización sino que también de desarrollo y complementación de la ley.

Una vez que diferencia estas dos posiciones, el autor distingue un primer problema: la disputa por la legitimidad. Así, señala:

En la relación ley-reglamento, entre 1990 y 1999, tanto el TC como tribunales ordinarios, se debatieron entre dos posiciones claramente diferenciadas. Una posición sostuvo que el reglamento no tiene cabida en la regulación de derechos, ni aun para ejecutar la ley: esta posición es la llamada 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. En estos casos puede convocar al reglamento, fijándole los parámetros de su intervención. En la Constitución Política no existe una reserva de ley, sino que varias. Dependerá de la intensidad de la reserva el ámbito del reglamento. Esta posición se denomina “reserva relativa de ley”.⁷⁸

En concordancia con lo anterior, un autor, en relación al artículo 19 N° 8 de la Constitución afirma:

“(…) Fluye con claridad que la técnica utilizada por el constituyente al regular el establecimiento de restricciones para la protección del medio ambiente, es justamente aquella que desde hace dos siglos se ha utilizado para resguardar la libertad y propiedad de los ciudadanos frente a intervenciones de la Administración. De esta manera, es nítido en el diseño constitucional la intención de reforzar la protección de los derechos de la Constitución Económica, los que, no solo se establecen

⁷⁸ CARMONA, Santander, Un nuevo estadio...Ob. Cit.

expresamente dentro del catálogo de derechos fundamentales, sino que además fundamentan el establecimiento de reservas que, además, quedan sujetas a calificaciones, como en este caso lo es la exigencia de legislar con especificidad”.⁷⁹

Es entre estas dos concepciones de la reserva de ley que el Tribunal Constitucional se debatió al momento de decidir cuanta regulación le era posible al reglamento respecto a la ley que lo mandataba. Pero antes de analizar los caminos que recorrió para llegar a la concepción actual, es necesario precisar qué se entiende por potestad reglamentaria, y específicamente por potestad reglamentaria del Presidente de la República.

2.4. La Potestad Reglamentaria del Presidente de la República: Definición y alcances.

“La potestad reglamentaria puede definirse como la atribución especial del Presidente de la República para dictar decretos, reglamentos e instrucciones para la debida ejecución de las leyes y para el gobierno y administración del Estado”.⁸⁰

De más manera genérica, se puede concebir como el poder de dictar normas por parte de las autoridades administrativas investidas por el ordenamiento jurídico, particularmente por la Constitución. En un sentido estricto, la potestad reglamentaria alude a la atribución especial del Presidente de la República para dictar normas generales o especiales, destinadas al Gobierno y Administración del Estado o a la ejecución de las leyes. Esta potestad se encuentra consagrada en el artículo 32 N° 6 de la Constitución Política.⁸¹

⁷⁹ GUILOFF Titium, Matías. El dilema del Artículo 19 N°8 Inciso 2° en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18- N° 1, 2011 pp. 147-169.

⁸⁰ GARCÍA Barzelatto, Ana María. Separación de poderes, órgano ejecutivo y control de constitucionalidad de los Decretos Supremos en *Estudios de Derecho Público, El principio de Separación de Poderes Actas de las XL Jornadas de Derecho Público*. Abeledo Perrot Legal Publishing Chile. 2011 P. 446.

⁸¹ CORDERO Quinzacara, El sentido actual...Ob. Cit. P. 416.

Es decir, la potestad reglamentaria tiene su origen directo en la Constitución, cuyo ejercicio al tenor del sistema que consagra la Carta Política permite el logro de dos fines específicos:

a) Proveer a la ejecución de la ley, en cuyo caso se configura lo que se denomina la potestad reglamentaria reglada.

b) Regular materias que no son de dominio de la ley, caso en el cual se configura la potestad reglamentaria de carácter discrecional denominada también como potestad reglamentaria autónoma.⁸²

A la vez que la potestad reglamentaria tiene su límite en la Constitución Política, la cual es su fuente directa, también tiene como límite, en el caso de la potestad reglamentaria de ejecución, a la ley. Como señala un autor:

“(…) Así, de este modo, el ejercicio de la potestad reglamentaria encuentra un límite, cuando la Constitución haya establecido que ciertas materias quedan reservadas a la ley, atribuyéndose a esta reserva un monopolio que acota negativamente la regulación legislativa, expresado en otros términos, la potestad reglamentaria debe ser contemplada en el conjunto del ordenamiento jurídico y en relación con otras fuentes del mismo, sin olvidar el principio de jerarquía normativa y la reserva constitucional de ley que fija su esfera competencial de regulación. Sin embargo, el papel de la reserva de ley en el Estado democrático y su ligazón con los derechos fundamentales debilitan la intensidad de los poderes normativos de la Administración en esta esfera. Cuestión que dificulta la funcionalidad normativa entre órganos que poseen legitimidad democrática, como es el caso del Congreso Nacional y el Presidente de la República”.⁸³

⁸² SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Volumen V. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

⁸³ CAZOR Aliste. Kamel... La Búsqueda de Criterios. Ob. Cit.

La potestad reglamentaria se puede materializar de diversas formas y a través de diversos órganos, como señala Aldunate Lizana:

“(…) Desde la entrada en vigencia de la Constitución, y particularmente durante la década de 1990, la discusión doctrinaria y las principales cuestiones sometidas al conocimiento de tribunales han recaído sobre la delimitación de la potestad reglamentaria frente a la potestad legislativa, dejando de lado la cuestión relativa a la configuración constitucional de la potestad reglamentaria. Sin embargo, ésta no es, como podría pensarse en un primer momento una cuestión sencilla. Las dificultades surgen de dos circunstancias:

1. La Constitución asigna, frente al dominio legal, un dominio reglamentario residual en beneficio del Presidente de la República, junto a habilitaciones regulatorias específicas a favor de otros órganos constitucionales;

2. Las habilitaciones regulatorias distintas a la Potestad reglamentaria del Presidente de la República carecen, en la Constitución, de un criterio delimitador respecto de aquella.”

Es decir, existen órganos diversos al Presidente de la República que también poseen potestad reglamentaria, pero con competencia específica para determinados actos normativos, y a los cuales la misma Constitución les ha reconocido el carácter de autónomos.

Sin perjuicio de lo afirmado anteriormente, el titular de la potestad reglamentaria es el Presidente de la República, como lo señala expresamente el N° 6 del artículo 32 de la Constitución, puesto que es él quien detenta en plenitud el poder reglamentario. El Presidente es la autoridad llamada a dictar los reglamentos que “estime necesario para la ejecución de las leyes”. Asimismo, al Presidente corresponde, de manera

exclusiva y excluyente, la atribución para dictar los reglamentos “intermedios”, esto es, los reglamentos destinados a complementar las leyes de base.⁸⁴

Respecto a la forma que en que nacen los reglamentos a la vida del derecho, es a través de los decretos supremos dictados conforme a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y se definen como:

“Aquella disposición de Gobierno o administración del Estado, que fundada en la Constitución o en la ley, dicta el Presidente con carácter general o particular. Es la forma en que adoptan los actos jurídicos generales o particulares del Presidente. En el caso de los reglamentos, el Decreto Supremo es el ropaje que utiliza en el mundo del derecho, es decir, es el continente, mientras que el reglamento es el contenido”.⁸⁵

En relación a las características del decreto supremo, el profesor Carmona, citando a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señala que:

1. Se trata de una orden escrita, por lo tanto no puede ser verbal (STC 591, de fecha 11 de Noviembre de 2007).

2. Emanan de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en quien radica única y excluyentemente dicha potestad (STC 591, de fecha 11 de Noviembre de 2007).

El tribunal también ha distinguido el decreto supremo simple del decreto reglamentario. Éste último se caracteriza por ser general, pues contiene un conjunto de disposiciones armónicas no dirigidas a situaciones específicas o particulares. Los simples decretos, por otro lado, importan decisiones concretas y específicas (STC 1153, de fecha 30 de Septiembre de 2008). Además, el reglamento se caracteriza por establecer normas permanentes, pues no se agota con su cumplimiento, como sucede con el simple decreto.

⁸⁴ CALDERA Delgado, Hugo. Tratado de Derecho administrativo. Ediciones parlamento Ltda. Tomo II. 2001.

⁸⁵ CORDERO Quinzacara, El sentido actual...Ob. Cit. P. 416.

3. El reglamento establece normas obligatorias destinadas a facilitar la ejecución de la ley.

4. En los reglamentos no cabe la delegación de firma, por lo que necesariamente deben ser firmados por el Presidente de la República y, además, por el ministro respectivo.⁸⁶

Ahora bien, respecto a la discusión relativa a la potestad reglamentaria sobre qué modelo adoptó nuestra Constitución, si el francés o el alemán, se sostiene que la interpretación que ha predominado ha sido aquella que sostiene la adopción del modelo germánico de distribución de competencias. De este modo, existiría un sistema horizontal en el reparto de competencias normativas, constituyéndose el reglamento en la regla general como instrumento de regulación, quedando limitada la ley a un conjunto de materias de particular relevancia económica, social y política, sin perjuicio de que el Presidente pueda dictar los reglamentos que crea conveniente para ejecutar las leyes. Lo anterior dio pie, por lo demás, para que la doctrina distinguiera entre reglamentos de ejecución y autónomos, términos que no estarían en la Constitución sino a partir de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 2005 (nuevo artículo 93 N° 16).⁸⁷

a. La potestad reglamentaria autónoma: El reglamento autónomo

El reglamento autónomo es una innovación de la carta de 1980, al delimitar normativamente las competencias entre el órgano legislativo y el órgano presidencial.

El efecto causado por la redistribución de potestades normativas entre el Presidente y el Congreso Nacional, nos coloca en presencia de dos órganos competentes para dictar estatutos jurídicos de primer grado en relación con la Carta Fundamental.

⁸⁶ CARMONA Santander, El art. 93 N° 16... Ob.Cit.

⁸⁷ CORDERO Quinzacara, El sentido actual...Ob. Cit. P. 420.

La igualdad de origen normativo entre la ley y el reglamento se refiere, de manera exclusiva, a la circunstancia de que ambas potestades han sido conferidas directamente por la Constitución y a que su ejercicio puede realizarse en dominios independientes entre sí, en virtud de la distribución de competencias ya señalada.

La demarcación de las zonas de competencia de la ley y del reglamento autónomo da como resultado que la ley no puede modificar ni derogar ningún reglamento autónomo y, del mismo modo, éste no puede modificar ni derogar una ley.

Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 el uso de esta potestad normativa ha sido escaso, tal como señala un autor:

“(...) el constituyente, al mismo tiempo que consagró la potestad reglamentaria autónoma presidencial, se encargó de hacer imposible su ejercicio, al convertirla en una potestad inocua, estéril en razón de falta de espacio desde el instante mismo en que se agotó, con usura, la descripción de las materias reservadas a la ley. El estrangulamiento de la nueva potestad normativa se terminó de ejecutar con la incorporación del número 20 en el artículo 60 de la Constitución Política”.⁸⁸

Por otro lado, Carmona justifica la escasez de los reglamentos autónomos en las siguientes consideraciones:

“(...) En primer lugar, cabe señalar que la ausencia de un número elevado de estas disposiciones, obedece a razones muy simples. Por de pronto, casi siempre es posible reconducir el reglamento a alguna ley, por remoto o genérico que sea el vínculo. Con ello, se evita justificar la existencia de un reglamento autónomo. Enseguida, el hecho que una misma coalición ocupe el gobierno y tenga una mayoría relativa en el Congreso, torna menos dramática la decisión sobre si regular un asunto por ley o reglamento. Si, en cambio, el gobierno estuviera en minoría en el Congreso, la tentación por usar el reglamento sería mayor. En segundo lugar, existen ejemplos de

⁸⁸ CALDERA Delgado, Ob. Cit.

reglamentos autónomos. Por ejemplo, la comisión de comisiones asesoras presidenciales, el decreto que regula el pase escolar, etc. (...).⁸⁹

Sin embargo, el estudio de esta potestad normativa no es el objeto de nuestro estudio, por cuanto la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se refiere a la dictación de reglamentos basados en la potestad reglamentaria de ejecución, la cual ha sido mucho más fructífera en su implementación.

b. La potestad reglamentaria de ejecución.

Respecto de su fuente directa, se encuentra consagrada en la Constitución, en el artículo 32 N° 6.

Las Constituciones de 1833 y 1925, al igual que lo establecido en la actual Constitución Política, consagraron, directamente, la referida potestad normativa a favor del Presidente, con la única diferencia de que en aquellas se contemplaba la existencia de un tipo de acto reglamentario: el reglamento de ejecución, en circunstancias que la actual Constitución también agregó el reglamento autónomo.

El reglamento de ejecución, dictado conforme a la potestad reglamentaria en comento, es norma secundaria, fundamentada en dos tipos de consideraciones:

1. La primera atiende a la división o separación de los poderes del estado, en cuya virtud se atribuyó la potestad normativa de efectos abstractos, generales y permanentes a favor del Parlamento, dejando al Ejecutivo la misión consistente en ejecutar las leyes, cometido de donde proviene su nombre Poder Ejecutivo.

2. La segunda es consecuencia de la primera, y consiste en la existencia de una ley como condición indispensable para que se pueda ejercer la potestad reglamentaria. En ausencia de una ley previa, la dictación del reglamento de ejecución estaría descartada, por ser jurídicamente improcedente.⁹⁰

⁸⁹ CARMONA Santander El art. 93 N° 16... Ob.Cit. P. 82.

⁹⁰ CALDERA Delgado...Ob. Cit.

La finalidad perseguida por el reglamento de ejecución consiste en complementar los aspectos secundarios o de mero detalle de la ley, a objeto de facilitar su aplicación. En palabras de Cordero Quinzacara:

“Nuestra doctrina le ha dado al reglamento de ejecución el alcance que normalmente se le ha reconocido a la potestad reglamentaria en su relación con la ley, es decir, no pudiendo ir contra ley expresa, ni transgredir su dominio material, quedando limitada al desarrollo y detalle de la ley.

Así, el concepto de reglamento ejecutivo posee una significación típica y estereotipada: la ley establece la regulación de una materia, dejando al gobierno que establezca, mediante un reglamento, las normas necesarias para su ejecución concreta”.⁹¹

Es decir, el reglamento de ejecución tiene una misión que, complementaria a la ley, dice relación con la implementación de los detalles que faciliten la aplicación y el cumplimiento de los derechos y cargas establecidos en la norma legislativa, a la cual debe su completo acatamiento, puesto que la ley es condición para la emisión del reglamento y, a la vez, es el marco dentro del cual debe operar.⁹²

Finalmente, respecto de su naturaleza jurídica la doctrina nacional es uniforme al señalar que éstos tienen el carácter de actos administrativos de efectos generales, impersonales y permanentes, elaborado con sujeción a un procedimiento administrativo basado en normas constitucionales y legales, como también en usos o prácticas administrativas.

2.5. La doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la reserva de ley.

Aun cuando la conceptualización teórica de la potestad reglamentaria y de la reserva legal no es problemática, como se explicitó con anterioridad, pocas tareas

⁹¹ CORDERO Quinzacara, El sentido actual...Ob. Cit.

⁹² CALDERA Delgado...Ob. Cit.

presentan mayor dificultad práctica que el trazado concreto del deslinde entre una y otra.⁹³

Con el fin de comprender el entramado de las principales potestades normativas en el sistema constitucional y sus repercusiones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hay que tener en cuenta que la ambivalencia jurídico-política que es posible constatar en el sistema constitucional chileno se ve directamente reflejada en su doctrina constitucional.⁹⁴

En primer lugar debemos referirnos a la conceptualización que desarrolló en un primer momento el Tribunal Constitucional en relación a la reserva de ley y su relación con el reglamento, inclinándose mayoritariamente por la tesis de la reserva absoluta de ley.

Un primer argumento dado para la reserva absoluta dice relación con que la regulación es propia del legislador, es decir, las limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo.⁹⁵

Este argumento viene refrendado en las sentencias del Tribunal Constitucional denominadas Letreros Camineros I y II. Específicamente en Letreros Camineros I, el Tribunal Constitucional concluye en relación al artículo 19 N°21:

“La Constitución otorga al legislador la facultad de regular la actividad económica, atribución que no corresponde al administrador”.⁹⁶

⁹³ ZAPATA Larraín, Patricio. Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

⁹⁴ CAZOR Aliste. Kamel. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile en Estudios Constitucionales. Librotecnia 2010.

⁹⁵ CARMONA Santander, Un nuevo estadio...Ob. Cit.

⁹⁶ Considerando 14°.

Un segundo argumento relevante es que las limitaciones deben venir impuestas por la ley, y el administrador no puede invadir las potestades asignadas a éstas (Argumento utilizado en la sentencia 245-1996 “Acceso a playas”).⁹⁷

El tercer argumento extraído de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es que las leyes de bases no son la regla general (Sentencia Rol 282-1999 “Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia”, en su voto de minoría).⁹⁸

Finalmente, el cuarto y último argumento que busca justificar la reserva absoluta de ley es que el reglamento no puede invadir la reserva legal justificando que la Constitución es la que establece las materias que son propias de ley, de manera tal que la ley pretenda alterar esa competencia y disponer que por un decreto pueda modificarse lo establecido en una norma legal, es abiertamente inconstitucional.⁹⁹

Los argumentos reseñados fueron los utilizados por el Tribunal en diversas sentencias para justificar su decisión de que los decretos emanados de la Potestad Reglamentaria del Presidente no pudieran regular derechos bajo circunstancia alguna, declarando inconstitucionales los que se apartaron de este camino.

Por otro lado, existe otra posición doctrinaria que comenzó a tomar fuerza en los votos de minoría del Tribunal respecto de aquellas sentencias que adoptaban la reserva absoluta de ley, y la denominada reserva relativa de ley.

Los argumentos para justificar esta posición son los siguientes:

El primero es el dominio legal máximo el cual 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

⁹⁷ CARMONA Santander, Un nuevo estadio...Ob. Cit.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ *Ibíd.*

que establece, pero sin penetrar al ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano ejecutivo.

La ley sólo debe señalar las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de una potestad (Voto de Minoría de Letrados Camineros I y II).¹⁰⁰

Otro argumento es que en la Constitución existen diversas reservas legales, por lo que no todas las reservas tienen la misma amplitud y profundidad. 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.¹⁰¹

El tercer y último argumento para defender esta posición es la naturaleza del Reglamento. Mediante la potestad reglamentaria el Presidente se limita a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal con estricta sujeción a lo que éste dispone. El Tribunal lo exterioriza señalando que Reglamento de ejecución y ley conforman un solo todo jurídicamente armónico e indisolublemente unidos (Sentencia Rol 253-1997 “Cesiones Gratuitas”).¹⁰²

En conclusión, tanto la teoría de la reserva absoluta como de reserva relativa de ley han tenido cabida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en diferentes momentos históricos, depurando la discusión hasta el presente en el sentido que se acepta ampliamente la reserva relativa de ley, pero con ciertas limitaciones. En el mismo sentido se puede observar que aunque ha existido disparidad de criterios en el análisis del tema ley-reglamento en los fallos que hasta ahora se han dictado, se

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*

observan casos de votos disidentes cuyos fundamentos han servido posteriormente de base para votos de mayoría.¹⁰³

Asimismo, el Tribunal se ha entregado ciertas directrices o test para dilucidar si el reglamento se ajusta a la ley que lo mandata, siempre en el contexto de que pueda regular derechos.

¹⁰³ GARCÍA Barzelatto, Ana María. Ob. Cit. P. 453.

CAPÍTULO III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS SUPREMOS EN LA DOCTRINA CHILENA.

3.1. Consideraciones previas.

Al repasar la doctrina nacional en torno al control de constitucionalidad de los decretos supremos por parte del Tribunal Constitucional, no deja de llamar la atención que, ante tantas investigaciones realizadas, sean tan pocas las que se hagan cargo del estado actual del tema, después de la reforma del año 2005. Pero la razón es simple. Desde la reforma hasta la fecha el Tribunal Constitucional ha dictado apenas unas seis sentencias que guardan directa relación con la materia, en circunstancias que la doctrina concernida se nutre, casi exclusivamente, de los fallos que el Tribunal dicta en el cumplimiento de sus facultades de control. La doctrina y la jurisprudencia avanzan a la par, ésta fijando los criterios bajo los cuales deberá regirse el Administrador, y aquélla interpretando y clasificando dichos criterios con el afán de identificar patrones, períodos y estándares comunes. No es, pues, falta de interés o desencantamiento de los autores nacionales lo que justifica esta escasez de material dogmático. Estando entrelazadas doctrina y jurisprudencia, el panorama no podía ser distinto.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos hacer dos prevenciones antes de entrar de lleno al análisis doctrinario del control de constitucionalidad de los decretos supremos en Chile. La primera es que no se puede efectuar dicho análisis sin considerar, al menos someramente, la jurisprudencia que los mismos autores nacionales han tenido en vista para desarrollar sus estudios. Si hemos convenido que la doctrina se nutre de los fallos que dicta el Tribunal Constitucional, pues resulta ineludible el examen de aquellos fallos para un entendimiento cabal de aquello que los autores han querido exponer. Por lo mismo, los análisis de casos que pueda contener este capítulo serán los estrictamente necesarios para comprender el trabajo de los autores citados, reservándose un examen jurisprudencial más pormenorizado para el Capítulo V de esta memoria.

La segunda prevención es que, si bien los trabajos elaborados con posterioridad a la reforma son escasos, en ellos podemos identificar una serie de contenidos comunes que casi todos los autores tratan. Sin embargo, existen divergencias en aquel tratamiento. Por ello el principal objetivo de este capítulo es exponer los diferentes temas que han preocupado a nuestros autores, contrastando – como es natural– sus discrepancias y avenencias.

Así comenzaremos con los antecedentes jurisprudenciales que motivaron la reforma del año 2005 en lo tocante al control de constitucionalidad de los decretos supremos por el Tribunal Constitucional. Seguiremos analizando la naturaleza de dicho control según la doctrina, donde –adelantamos– creemos que primaría la realidad en desmedro de las meras formas. A continuación abordaremos la Teoría de la Ley Pantalla y sus principales incidencias en la jurisprudencia del propio Tribunal, para finalizar confrontando las distintas clasificaciones que los autores han elaborado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3.2. Antecedentes de la reforma constitucional de 2005.

a. Referencias normativas

Con anterioridad a la gran reforma constitucional del año 2005, la facultad del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de los decretos supremos del Presidente de la República, dictados en el ejercicio de su potestad reglamentaria, se encontraba regulada en el artículo 82 de la Constitución Política. Particularmente en sus numerales 5º y 12º.

Artículo 82.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

5º.- Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

12º.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

Varios incisos más adelante, el mismo artículo 82 se refería a los sujetos que estaban legitimados para interponer el reclamo de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para cada caso.

En los casos del número 5º, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

En el caso del número 12º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

Los preceptos recién transcritos generaron un intenso debate en la doctrina nacional, sobre todo en aquello que se refiere a los presupuestos de legitimación activa para promover un reclamo de inconstitucionalidad ante un decreto supremo que invadiera la reserva de ley.

Como revela Carmona al razonar sobre dichos preceptos, “El origen del problema estaba asociado a que en el texto original de la Constitución se distinguía, según el vicio que se invocara, quiénes podían requerir. Si el vicio era inconstitucionalidad en general, podía hacerlo $\frac{1}{4}$ de los diputados o senadores, la Cámara y/o el Senado como cuerpos colegiados; si, en cambio, se invocaba la invasión de ley, sólo podían requerir la Cámara y/o Senado como cuerpos colegiados.

El 82 N° 12 exigía que impugnara la Cámara o el Senado; el 82 N° 5, en cambio, permitía también que lo hiciera $\frac{1}{4}$ de diputados y senadores”.¹⁰⁴

El problema al que alude Carmona es el siguiente. ¿Qué ocurriría si sólo un cuarto de los miembros en ejercicio de alguna de las Cámaras interponía el reclamo fundado en la invasión de ley? Esa es precisamente la problemática que debió abordar el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 325 de 26 de junio de 2001, conocida como “Catalíticos”. En este caso los requirentes alegaron que un determinado decreto invadía el principio de reserva legal. Pero al ser los requirentes un grupo acotado de senadores –en lugar de la totalidad de su Cámara–, no se encontraban facultados para invocar el 82 N°12 (invasión a la reserva de ley) como fundamento de su reclamo. Así, el Tribunal se vio obligado a dirimir sobre la admisibilidad del requerimiento antes de conocer el fondo del mismo, en una decisión que verdaderamente cimentó las bases de la reforma en esta materia, según veremos.

Recogiendo los criterios que la jurisprudencia del mismo Tribunal había fijado respecto al tema, la reforma del año 2005 tuvo por objeto zanjar en forma definitiva esta polémica. Hoy, la facultad del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de los decretos supremos dictados por el Presidente de la República se encuentra regulada en el artículo 93 N° 16 de la Carta Fundamental, que dispone:

Son atribuciones del Tribunal Constitucional “resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueron dictados en ejercicio de las potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del art. 63”.

En lo relativo a los sujetos legitimados para interponer el reclamo de inconstitucionalidad, el mismo artículo 93 agrega varios incisos más adelante:

¹⁰⁴ CARMONA, Santander, El art. 93 N° 16... Ob. Cit., p. 61.

En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.

Varios son los aspectos a destacar en la nueva redacción. Primero que nada, la frase “cualquiera sea el vicio invocado” como causal necesaria para requerir de inconstitucionalidad ante el Tribunal. El sentido de esta expresión habría sido aclarar que se pueden invocar tanto vicios de fondo como de forma. Así lo asevera la profesora Ana María García: “La reforma del año 2005 agregó la expresión “cualquiera sea el vicio invocado”, con lo que quedó confirmada expresamente la atribución del Tribunal para declarar la inconstitucionalidad de fondo; cabe señalar, a mayor abundamiento, que la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional determinó que “la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución”.¹⁰⁵

Enseguida, llama la atención la mención expresa que se hace de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República. No es casualidad que el constituyente haya distinguido explícitamente la potestad reglamentaria autónoma de la de ejecución. El propósito fue asociar cada una de dichas potestades a distintos sujetos legitimados para reclamar. De esta manera, el reclamo de inconstitucionalidad podrá ser de dos tipos: uno que transgreda la potestad reglamentaria autónoma, que deberá ser promovido por la totalidad de alguna de las Cámaras; y otro que vulnere la potestad reglamentaria de ejecución (decretos reglamentarios), que podrá ser requerido *también* por una cuarta parte de las Cámaras.

¹⁰⁵ GARCÍA Barzelatto, Ana María. Control de constitucionalidad de los decretos supremos. En Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o reforma? Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile. 2012. P. 154.

Así, tal cual explica Silva Irarrázaval, “El N° 16 del artículo 93 de la Constitución recogió los antiguos N° s 5 y 12 del artículo 82, pero incorporando en la redacción la distinción entre potestad reglamentaria autónoma y de ejecución, que antes no existía. Esta innovación resolvió una divergencia interpretativa acerca de los requisitos de legitimación activa para recurrir en contra de un decreto inconstitucional por evadir materias reservadas a la ley. El criterio que se adoptó reflejó la práctica del Tribunal – que había sido plasmada en la sentencia Rol 325–, y definió que el quórum más exigente (la mayoría de cualquiera de las Cámaras) era para requerir en contra de los decretos reglamentarios autónomos, mientras que para requerir en contra de los decretos reglamentarios de ejecución era suficiente una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras (artículo 93 inciso 21°)”.¹⁰⁶

Como es de esperar, incorporar esta distinción entre potestad reglamentaria autónoma y de ejecución no fue una decisión que se haya tomado de la noche a la mañana. La jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional fue la que, año a año y a través de sucesivos fallos, unificó los criterios que luego serían recogidos por el nuevo texto del artículo 93 N° 16. Varios son los casos que podrían señalarse como antecedente directo de esta norma. No obstante, revisando la jurisprudencia y doctrina reciente en torno al tema, reconocemos dos fallos verdaderamente significativos.

Siguiendo a Carmona, son dos los principales precedentes jurisprudenciales del artículo 93 N° 16. El primero, la sentencia Rol N° 116 de 27 de diciembre de 1990, más conocida como “Subsidios para Viviendas”; y el segundo, la sentencia Rol N° 325 de 26 de junio de 2001, más conocida como “Catalíticos”.

b. “Subsidios para Viviendas”

Muchos son los temas relevantes que aborda “Subsidios para Viviendas”. En primera instancia, constituye un antecedente imprescindible a la hora de delimitar las funciones que Contraloría General de la República y Tribunal Constitucional ejercen

¹⁰⁶ SILVA Irarrázaval, Luis Alejandro. El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales. Un análisis jurisprudencial y comparado. Santiago, Legal Publishing, 2009. Pp. 231-232.

respecto al control de constitucionalidad de los decretos supremos. Conforme a la decisión unánime que el Tribunal Constitucional expresó en el fallo, la toma de razón de los actos de la Administración del Estado, trámite a cargo de la Contraloría General de la República, jamás obstaría a la facultad del mismo Tribunal de revisar con posterioridad la constitucionalidad de dichos actos, aún cuando la Contraloría los hubiese cursado sin ninguna observación. Ambos controles serían, por tanto, complementarios en lugar de incompatibles.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

En lo que se refiere específicamente a las competencias del Tribunal Constitucional, la trascendental importancia de “Subsidios para Viviendas” radica en que aquí el Tribunal fijó, por vez primera y en forma explícita, su competencia para conocer de los decretos presidenciales inconstitucionales, sea que emanaren de la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución. Esta decisión sería reiterada por el Tribunal en sentencias posteriores. “(...) lo confirmó con ocasión de conocer un requerimiento contra el decreto que canceló la personalidad jurídica de Colonia Dignidad (STC rol 124, 18.06.1991) y cuando se pronunció sobre el asunto de los letreros camineros (STC 146, 21.4.1992). Con estas sentencias, el Tribunal Constitucional consideró que podía conocer de tres vicios de un decreto supremo: del promulgatorio (no promulgar en plazo o promulgar un texto distinto del que constitucionalmente corresponda), del decreto que invade la reserva de ley y del decreto que vulnera la Constitución.”¹⁰⁹ Finalmente, esta competencia se vería consagrada el año 2005 en la Constitución, cuando el nuevo texto del artículo 93 N° 16 estableció como atribución del Tribunal Constitucional el “resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, (...) incluyendo aquellos que fueron dictados en ejercicio de las potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República...”.

¹⁰⁷ Esta arista de “Subsidios para Viviendas” será tratada con mayor profundidad en el apartado tercero (N° 3.3) de este capítulo, cuando enunciemos el control de constitucionalidad a que se refiere el artículo 93 N° 16 como un control substancial y no meramente formal de los decretos supremos.

¹⁰⁸ ZAPATA, Ob. Cit., Pp. 466 y ss.

¹⁰⁹ CARMONA, Santander, El art. 93 N° 16... Ob. Cit., p. 61.

Un último aspecto por el cual destaca “Subsidios para Viviendas” dice relación con el vicio del que podría adolecer un decreto para estar autorizada su revisión por parte del Tribunal Constitucional. La interrogante que se suscitaba era la siguiente: ¿Podía el Tribunal Constitucional conocer de cualquier infracción a la Constitución en que incurriera un decreto? ¿O dicha infracción debía consistir necesariamente en una invasión del ámbito legal? “Subsidios para Viviendas” optó por la primera alternativa, es decir, por ampliar el espectro admisible de vicios recurribles. En ese sentido “(...) permitió que se incorporara en el actual 93 N° 16 la competencia del Tribunal Constitucional sobre los decretos supremos «cualquiera sea el vicio invocado»”,¹¹⁰ y no sólo en los casos en que se invadiera la reserva de ley.

En este punto resulta evidente la influencia que “Subsidios para Viviendas” ejerció en la configuración de la reforma, donde una de las grandes innovaciones introducidas en materia de control de las potestades reglamentarias fue la exigencia de un vicio de constitucionalidad “cualquiera” para la procedencia del requerimiento. Así, mientras el artículo 93 N° 16 establece como atribución del Tribunal Constitucional resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos “cualquiera sea el vicio invocado”, el artículo 50 de la nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC) indica que el reclamo podrá fundarse en “cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución”. La amplitud de nociones tales como “cualquiera sea el vicio invocado” o “cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución” pone de manifiesto la intención del constituyente que, recogiendo los criterios plasmados en “Subsidios para Viviendas”, ha querido que el Tribunal Constitucional conozca de todo atentado que un decreto presidencial pueda cometer en contra de la Constitución.

c. “Catalíticos”

La segunda sentencia que Carmona destaca como precedente jurisprudencial del artículo 93 N° 16 es aquella que conocemos con el nombre de “Catalíticos”. A esta

¹¹⁰ *Ibíd.*

sentencia hacíamos referencia cuando analizamos las dificultades interpretativas que la redacción de los antiguos numerales 5° y 12° generó en la doctrina nacional, sobre todo en lo concerniente a los sujetos legitimados para promover un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal. El problema, apuntábamos, consistía en que los vicios de constitucionalidad de que podía adolecer un decreto se encontraban ligados a sujetos procesales distintos, generándose un vacío legal en aquellos casos que un requirente reclamara a través de una causal que no le correspondía.

Esto es precisamente lo que aconteció en “Catalíticos”, donde un grupo de senadores presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional fundándolo en la reserva de ley. Sin embargo, tal como señalaba el antiguo artículo 82 de la Carta Fundamental, los únicos sujetos autorizados para alegar la invasión del principio de reserva legal eran la totalidad de alguna de las Cámaras del Parlamento, quedando vedada dicha posibilidad a una fracción de las mismas. Así las cosas, el Tribunal debió abocarse a definir la admisibilidad del requerimiento.

El Tribunal optó por declarar admisible el requerimiento, estableciendo que el artículo 82 N° 5 se referiría a la potestad reglamentaria de ejecución, mientras que el 82 N° 12 diría relación con la potestad reglamentaria autónoma. En consecuencia, las faltas que la Administración pudiere cometer en el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, legitimarían a cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio a promover el requerimiento; mientras que las faltas generadas a raíz de la potestad reglamentaria autónoma, legitimarían sólo a la mayoría de las Cámaras. Es decir, la potestad reglamentaria autónoma requeriría de un quórum más exigente que la potestad reglamentaria de ejecución.

Toda duda quedaría zanjada en forma definitiva con la reforma del año 2005 cuando, recogiendo los razonamientos trazados en “Catalíticos”, el constituyente “(...) buscó poner término a esta discusión sobre la legitimidad de requerir, haciendo una distinción. Por una parte, si se invoca un vicio imputable a un decreto dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, pueden requerir la Cámara, el Senado o una cuarta parte de diputados o senadores. Por la otra, si se impugna un

decreto dictado en el ejercicio de la potestad autónoma, solo pueden requerir la Cámara o el Senado como cuerpos colegiados.”¹¹¹

Resumamos brevemente la influencia de “Subsidios para Viviendas” y “Catalíticos”. La primera sentencia tiene dos grandes méritos: establecer en forma expresa la competencia del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de los decretos supremos presidenciales; y ampliar los vicios que autorizan dicha competencia, mucho más allá de la invasión de ley, a cualquier vicio de inconstitucionalidad. La segunda sentencia, “Catalíticos”, resolvió un tema de índole procesal. Aclaró que viéndose afectada la potestad reglamentaria de ejecución consagrada en el por ese entonces artículo 82 N° 5, estaban autorizados a promover el reclamo las Cámaras del Parlamento como cuerpos colegiados o bien una cuarta parte de sus miembros en ejercicio; mientras que viéndose afectada la potestad reglamentaria autónoma del 82 N° 12, sólo podían interponer el requerimiento la totalidad de dichas Cámaras, siendo insuficiente cualquier fracción de las mismas.

d. “Letreros Camineros (I)”

Antes de finalizar el análisis de los antecedentes jurisprudenciales de la reforma, habíamos dicho que el Tribunal Constitucional insistió en fallos posteriores sobre los criterios sintetizados en este apartado. Específicamente, a propósito de la plena competencia del Tribunal de revisar la constitucionalidad de los decretos supremos presidenciales, cabe destacar la sentencia Rol N° 146 de 21 de abril de 1992, mejor conocida como “Letreros Camineros (I)”.¹¹² Por la consistencia de su argumentación y porque verdaderamente consolidó el criterio indicado, esta sentencia merece una reseña aparte.

¹¹¹ CARMONA, Santander, El art. 93 N° 16... Ob. Cit., p. 63.

¹¹² Hay dos sentencias que se conocen con este nombre. Para diferenciarlas, seguiremos la nomenclatura de ZAPATA que habla de “Publicidad Caminera (I)” y “Publicidad Caminera (II)”. La primera corresponde al Rol N° 146 de 21 de abril de 1992 que estamos analizando, mientras que la segunda corresponde al Rol N° 167 de 6 de abril de 1993.

“Letreros Camineros (I)” afianzó la idea de que los decretos supremos inconstitucionales pueden ser llevados ante el Tribunal Constitucional para ser dejados sin efecto. Esto quiere decir que el Tribunal tiene competencia para revisar la constitucionalidad de dichos decretos, los que serán “justiciables” en la medida que puedan ser sometidos a la acción del Tribunal Constitucional. Según Zapata, cuatro son las circunstancias de “Publicidad Caminera (I)” que han consolidado la tesis de la plena justiciabilidad de los decretos de la Administración. “En primer lugar, debe advertirse que la sentencia reitera explícitamente la doctrina ya fijada en ‘Subsidios para Viviendas’. Un segundo hecho significativo es que la declaración de competencia para controlar el decreto en cuestión la adopta el TCCh en forma unánime, incluyéndose el voto favorable del Ministro Eugenio Velasco, designado muy poco antes por el Presidente de la República Patricio Aylwin. Una tercera circunstancia que revela cuán socializada y legitimada está la interpretación que incluye a los decretos supremos en el ámbito de control del TCCh, es el hecho que este requerimiento tenga el patrocinio de parlamentarios de todos los sectores políticos. Finalmente, agréguese a todo lo anterior que éste resulta ser el primer requerimiento dirigido contra un decreto supremo que concluye con una declaración de inconstitucionalidad.”¹¹³

En conclusión, hemos visto cómo la reforma constitucional del año 2005 tuvo su origen en precedentes jurisprudenciales ciertos, que de a poco fueron aunando los criterios que serían recogidos con posterioridad por el constituyente. A continuación analizaremos otra de aquellas cuestiones respecto de las cuales el Tribunal Constitucional se ha debido pronunciar, con el fin de dilucidar la naturaleza del control que se ejerce en su judicatura.

3.3. La realidad versus las formas en el control del Tribunal Constitucional.

Decíamos en el Capítulo I (apartado 1.4) de esta memoria, que la actividad de controlar un determinado ámbito de producción normativa por un órgano jurisdiccional puede revestir diferentes caracteres. Un control puede ser difuso o concentrado,

¹¹³ ZAPATA, Ob. Cit., p. 476.

concreto o abstracto, formal o sustantivo, etc. Los sistemas normativos podrán optar en cada una de estas variantes por la alternativa que más se ajuste al espíritu de su legislación. En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y –siguiéndola– la doctrina nacional se han cuestionado en qué medida las meras formas pueden condicionar la facultad del Tribunal de revisar la constitucionalidad de los decretos supremos presidenciales, en desmedro de aspectos sustanciales de los mismos. Dicho de otra manera, la cuestión es determinar si el control que ejerce el Tribunal Constitucional se agota en la sola constatación de requisitos de admisibilidad u otros presupuestos procesales de los decretos, o si por el contrario la actividad controladora del Tribunal puede ir más allá, conociendo el fondo del asunto. En una frase, si el Tribunal controla las formas o el fondo.

Aquellos que consideren al Tribunal Constitucional como el organismo superior en materia de control de constitucionalidad, a cargo de velar por que los preceptos de la Constitución se cumplan y de asegurar así la debida supremacía constitucional, concluirán que no se puede desempeñar en forma cabal aquella obligación mediante exámenes meramente formales. Y en efecto, resulta difícil imaginar un control íntegro de constitucionalidad que no aborde aspectos de fondo. Sin embargo esto no ha sido evidente para todos, en vista que el Tribunal ha debido pronunciarse sobre el tema en diversas ocasiones. Los autores reconocen a lo menos tres fallos en que ello ha ocurrido: el Rol N° 116 de 27 de diciembre de 1990, conocido como “Subsidios para Viviendas”; el Rol N° 591 de 11 de enero de 2007, conocido como “Píldora del día después (I)”,¹¹⁴ y el Rol N° 1035 de 22 de mayo de 2008, conocido como “Créditos Transantiago (I)”.¹¹⁵

¹¹⁴ Igual que con “Publicidad Caminera”, existen dos sentencias que se conocen con este nombre. Repitiendo la solución anterior, las denominaremos “Píldora del día después (I)” y “Píldora del día después (II)”. La primera corresponde al Rol N° 591 de 11 de enero de 2007 que estamos analizando, mientras que la segunda corresponde al Rol N° 740 de 18 de abril de 2008.

¹¹⁵ Igual que con “Publicidad Caminera” y “Píldora del día después”, existen dos sentencias que se conocen con este nombre. Repetiremos la fórmula y las denominaremos “Créditos Transantiago (I)” y “Créditos Transantiago (II)”. La primera corresponde al Rol N° 1035 de 22 de mayo de 2008 que estamos analizando, mientras que la segunda corresponde al Rol N° 1153 de 30 de septiembre de 2008.

a. “Subsidios para Viviendas”

A “Subsidios para Viviendas” hacíamos referencia hace poco como antecedente judicial que cimentó las bases de la actual competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los decretos supremos inconstitucionales emanados del Presidente de la República. Se trata de la sentencia que planteó la plena justiciabilidad de los decretos supremos presidenciales, fuera que emanasen de la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución, lo que luego sería recogido por el nuevo texto del artículo 93 N° 16 tras la reforma. Con todo, para llegar a este resultado el Tribunal Constitucional debió precisar las facultades que emanaban de su judicatura, con el objetivo de distinguir las de aquellas que pertenecían a la Contraloría General de la República.

El problema fue el siguiente: ante el requerimiento presentado por un grupo de 31 diputados para revisar la constitucionalidad del decreto N° 140 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que fijaba un nuevo sistema de postulación y asignación de subsidios para viviendas progresivas, un grupo de insignes profesores de Derecho Público respondió que el Tribunal Constitucional carecía de competencia para conocer de tal requerimiento, toda vez que la constitucionalidad del decreto impugnado ya había sido constatada por la Contraloría a través del trámite de la toma de razón. Por ende, volver a revisar la constitucionalidad del decreto N° 140 significaba desconocer las atribuciones que la misma Constitución había encargado a Contraloría General de la República, que cursó dicho decreto si reparo alguno. “A juicio de los académicos, si se aceptara que el TCCh puede controlar la constitucionalidad de los actos administrativos, ello significaría burlar la intención del constituyente en el sentido de reconocer un rol fundamental a la Contraloría General. Sobre el punto afirman: «No parece tampoco acorde con la sabiduría que debe atribuirse al Poder Originario si se pensase que por una parte se eleva a rango constitucional a la función de control jurídico de la toma de razón y se da autonomía a la Contraloría General y luego se

someten sus dictámenes referidos a decretos supremos a la revisión del Tribunal Constitucional»¹¹⁶.

Para fundar su posición los académicos plantean una particular interpretación del antiguo artículo 82 N° 5, que autorizaba a cualquiera de las Cámaras o a una cuarta parte de sus miembros a promover el requerimiento. Para ellos dicha autorización no decía relación con cualquier vicio de constitucionalidad de que pudiera adolecer un decreto, sino que sólo se podía referir a cuestiones formales suscitadas en el proceso de dictación del mismo. «A nuestro entender», señalan, «el artículo 82 N° 5 se refiere no a lo sustantivo del decreto dictado, sino al proceso de dictación del mismo. En efecto, cuando al dictar un decreto se viole la Constitución es invocable dicho artículo, no cuando el producto de una dictación formalmente acorde a la Constitución sea en su contenido inconstitucional, pues salvo los casos expresamente previstos en el art. 82, en los demás, la toma de razón es definitiva»¹¹⁷.

Con estos argumentos, el Tribunal Constitucional se vio obligado a definir la naturaleza de su función, en cuanto a si ésta debe circunscribirse al examen de presupuestos formales en el proceso de dictación de un decreto supremo, o si puede además revisar aspectos sustantivos del mismo, aún después de haber pasado con éxito el trámite de toma de razón. El Tribunal rechazó en forma unánime los razonamientos planteados por el conjunto de académicos, afirmando que «(...) esta atribución de conocer los reclamos que otorga la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional en el caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, no puede quedar subordinada a que la Contraloría General de la República curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 de la Constitución Política se desprende en forma inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional»¹¹⁸. En lo que

¹¹⁶ ZAPATA, Ob. Cit., p. 468.

¹¹⁷ Extracto del escrito presentado por los profesores, citado en ZAPATA, Ob. Cit., p. 469.

¹¹⁸ Considerando Sexto.

compete a la Contraloría, el Tribunal precisó el alcance de la toma de razón al afirmar que “el cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la administración que los artículos 87 y 88 de la Constitución Política le encargan (...) implica, tal como lo reconoce la doctrina, una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva, ya que puede ser revisada por otras instancias legales”.¹¹⁹

Las conclusiones a que arriba “Subsidios para Viviendas” son doblemente importantes. Por un lado –y tal como analizamos en el apartado anterior–, estableció por vez primera la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de los decretos supremos inconstitucionales dictados por el Presidente de la República. Por otro, determinó la naturaleza y alcance de dicha competencia al establecer que el control de constitucionalidad a que se sometan los decretos presidenciales no dirá relación con aspectos meramente formales, sino que además analizará aspectos de fondo en búsqueda de transgresiones substanciales a la Constitución. Y ninguna otra atribución de un órgano de control diverso podrá obstar esta competencia, puesto que el Tribunal Constitucional ostentaría la supremacía constitucional de nuestro sistema.

Además, el Tribunal reparó en una cuestión fundamental: si careciera de competencia para conocer de los decretos supremos inconstitucionales, gran parte de la normativa emanada de la potestad reglamentaria del Presidente de la República quedaría fuera de toda fiscalización, ya que el control ejercido por la Contraloría es mucho más limitado. “En efecto, no parece coherente con la vigencia plena e irrestricta de los principios de supremacía constitucional y legalidad, tan perentoriamente proclamados en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, admitir que buena parte de la potestad reglamentaria del Presidente de la República escapa a toda posibilidad de control jurídico. Las potestades de la Contraloría General de la República, claves para garantizar la legalidad de los actos de la Administración, no parecen ser suficientes para dar cabal cumplimiento a los postulados de los referidos principios constitucionales. Ello, por cuanto la función de la Contraloría General tiene dos

¹¹⁹ Considerando Tercero.

limitantes importantes: la existencia de numerosas materias cuya reglamentación está exenta del trámite de toma de razón y la práctica de la propia Contraloría que exime de control a los decretos de ejecución dictados en conformidad a una ley vigente”.¹²⁰

b. “Píldora del día después (I)”

La segunda sentencia en que se plantea el problema de las formas en el Tribunal Constitucional es “Píldora del día después (I)”. Lo curioso de este fallo es que, al igual que en “Catalíticos”, el Tribunal se vio obligado a dirimir sobre la admisibilidad del requerimiento antes de conocer el fondo del mismo. La razón fue que la norma impugnada no revestía, al menos formalmente, los caracteres de un decreto supremo, sino los de una resolución exenta. En efecto, un grupo de 31 diputados objetó la constitucionalidad de la resolución exenta N° 584 del Ministerio de Salud, de 11 de enero de 2007, que aprobaba las llamadas “Normas Nacionales sobre la Regulación de la Fertilidad”. El inconveniente pronto se hizo patente, ya que “(...) al tratarse de una resolución y no de un decreto, el Tribunal carecía de fundamento jurídico positivo para entrar a pronunciarse sobre su constitucionalidad. El artículo 93 N° 16 sólo se refiere a decretos supremos, y el artículo 3 de la ley 19.880 distingue claramente los decretos supremos de las resoluciones, según quién los suscriba”.¹²¹ Pero la normativa fue suscrita por la Ministra de Salud en lugar de la Presidenta de la República, como debió acontecer si se trataba de un decreto. ¿Se estaba en presencia, pues, de una resolución y no de un decreto? El Tribunal no estaba convencido.

Para determinar su naturaleza normativa, el Tribunal Constitucional no se conformó con examinar los requisitos procesales que debían verificarse en la dictación de la resolución exenta N° 584. Fue mucho más allá, considerando el alcance y finalidad de la norma. El resultado, sintetiza Carmona, fue que “la mayoría [del Tribunal] consideró que la resolución exenta impugnada era en realidad un reglamento supremo, pues era una norma de carácter general y obligatoria destinada a regular

¹²⁰ ZAPATA, Ob. Cit., Pp. 473-474.

¹²¹ SILVA Irarrázaval, Ob. Cit., Pp. 243-244.

materias con una vigencia nacional. Aplicó lo que denominó la primacía de la realidad por sobre el nominalismo”.¹²²

En palabras del mismo Tribunal, la resolución exenta N° 584 “(...) reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario, pero sin cumplir con las exigencias que la Constitución ha previsto para que sea tal. En efecto, este acto administrativo contiene un conjunto de normas; cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado. Sin embargo, tal Resolución Exenta carece de las demás exigencias que la Constitución contempla para los decretos supremos reglamentarios, porque fue dictada por la Ministra de Salud, en circunstancias que hacerlo se halla prohibido, pues correspondía que fuese suscrita por la Presidenta de la República y, además, debió ser sometida al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República, atendida su naturaleza esencialmente reglamentaria. Habiéndose omitido estos dos requisitos esenciales para la formación válida de un reglamento, fuerza es concluir que la Resolución Exenta N° 584 quebranta la Constitución, en su aspecto formal, lo que así será declarado por este Tribunal. De este modo la referida resolución resulta ser más bien, desde un punto de vista material, esto en cuanto a su contenido, como señala la doctrina italiana, una ‘falsa resolución’ o más propiamente una ‘resolución de carácter reglamentario’”.¹²³

En definitiva, lo que “Píldora del día después (I)” manifiesta es una clara “(...) voluntad del tribunal de no dejarse limitar por las formas, cuando está convencido que la sustancia o materia del asunto corresponde a su competencia”.¹²⁴ Representa también un triunfo para quienes hacen descansar la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el principio de supremacía constitucional, pues el mayor garante de

¹²² CARMONA, Santander, El art. 93 N° 16... Ob. Cit., P. 92.

¹²³ Considerando Trigésimo tercero.

¹²⁴ SILVA Irarrázaval, Ob. Cit., P. 244.

la Constitución no debiera contentarse con exámenes meramente superficiales de los asuntos sometidos a su decisión. No si quiere cumplir íntegramente su misión.

Además, existen otras buenas razones que avalan la justeza del fallo. Zapata enumera algunas de estas razones, de las cuales nosotros destacamos tres. La primera radica en la relevancia de que el Tribunal Constitucional tenga siempre la posibilidad de recalificar jurídicamente las realidades que se le presentan. “Que el TCCh pueda revisar la calificación jurídica hecha por otro órgano del Estado no es algo que deba sorprender. Por el contrario, existe nutrida doctrina jurisprudencial del propio TCCh afirmando que la calificación que efectúen el Congreso Nacional o el Presidente de la República sobre el rango o naturaleza de una norma jurídica no obsta a su potestad de recalificar autónomamente dicho precepto. (...) Un Tribunal Constitucional que renunciara a tener la última palabra en cuanto al rango o naturaleza de las normas objeto potencial de control estaría, en la práctica, subordinando el alcance de su función de control a la buena voluntad de los sujetos que producen las normas que deben ser controladas”.¹²⁵

Una segunda cualidad de “Píldora del día después (I)”, es que repara en la importancia de controlar los actos normativos emanados de la Administración del Estado, sea cual sea su etiqueta. De no hacerlo, se estaría abriendo camino a toda suerte de abusos y situaciones marginadas de la constitucionalidad que se podrían llevar a cabo bajo el nombre de resolución exenta, escapando así al control del Tribunal. En palabras de Zapata: “Si el TCCh se hubiera abstenido de conocer este requerimiento sobre la base de estar rotulado el acto recurrido como resolución exenta y no como decreto o reglamento supremo, se habría dejado abierta la puerta para que las resoluciones exentas devinieran en una versión remozada de los requisitos legales”.¹²⁶

¹²⁵ ZAPATA, Ob. Cit., Pp. 502-503.

¹²⁶ *Ibíd.*, P. 503.

Finalmente, “Píldora del día después (I)” tiene el mérito fallar del modo que mejor se ajusta al espíritu del constituyente, que a través de las modificaciones introducidas al artículo 93 N° 16 quiso robustecer las facultades del Tribunal. En efecto, si del espíritu de la Constitución se desprende la intención de fortalecer el control del Tribunal, no sería consecuente circunscribir dicho control a aspectos meramente formales o nominales. Por lo demás, resultaría ciertamente difícil sostener que no ha sido esa la voluntad del constituyente. “(...) el curso de los debates y modificaciones producidos en el Senado y en la Cámara de Diputados apunta en la dirección de reforzar las competencias del TCCh, tanto en lo que respecta a las causales de admisibilidad como en relación a los motivos en que puede fundarse la declaración de inconstitucionalidad. [Piénsese que] (...) mientras al iniciarse el análisis de las facultades del TCCh se postulaba darle competencia para controlar la constitucionalidad sólo de aquellos actos administrativos emanados de la potestad reglamentaria autónoma, el texto final del artículo 93 N°16 emplea términos amplios para referirse a todo tipo de potestad reglamentaria y cualquiera sea el vicio”.¹²⁷

c. “Créditos Transantiago (I)”

Por último, la tercera sentencia que plantea el problema de la realidad contra las formas en el control del Tribunal Constitucional, es aquella que conocemos con el nombre de “Créditos Transantiago (I)”. En lo que nos incumbe, el caso es muy parecido a “Píldora del día después (I)”. Un grupo de doce senadores presentó un requerimiento en contra de una serie de oficios emanados de los Ministerios de Transporte y Hacienda, los que autorizaban préstamos del Banco del Estado a la Cuenta del Transantiago. Pero como la competencia del Tribunal recae sólo sobre decretos supremos y no sobre oficios, nuevamente se generó un problema de admisibilidad del requerimiento. Esta vez el Tribunal, en una votación cerradísima, se declaró incompetente para conocer del asunto. Pero analizando los argumentos esgrimidos por el Tribunal, comprendemos que si resolvió de ese modo fue porque indagó en la naturaleza de los oficios impugnados, determinando que efectivamente no tenían

¹²⁷ *Ibíd.*, P. 505.

naturaleza reglamentaria. Es decir, el Tribunal no se limitó a la mera constatación de requisitos de forma para resolver.

Respecto a la naturaleza de la normativa impugnada, el Tribunal precisó que “(...) el alcance del oficio aprobatorio de la operación financiera entre el Banco del Estado y la Cuenta, no tiene una aplicación general pues, como se desprende de su propio texto, solo tiene por objeto autorizar a la Cuenta para realizar la operación de endeudamiento.”¹²⁸ En cuanto a un decreto supremo que se dictó con posterioridad con el objeto de convalidar los controvertidos oficios, el Tribunal señaló que “(...) el referido Decreto Supremo N° 19, dispuso la ratificación de las autorizaciones previas otorgadas por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, por medio de los oficios N° 1 y N° 10, ambos de 2 de enero de 2008, y por el Ministerio de Hacienda a través del oficio N° 1, de 2 de enero de 2008. Aunque la dictación de tal decreto ratificadorio puede permitir concluir que los oficios que se ratifican no eran perfectos, lo cierto es que tal hipotética imperfección no permite concluir que fueran decretos supremos. Precisamente, si para su validez requerían ser ratificados por una norma de esa jerarquía, lógico es deducir que lo fue así porque su naturaleza era diferente de la norma que los vino a ratificar. Aunque se considere que el acto ratificadorio tiene naturaleza convalidatoria y que entre éste y los ratificados existe un vínculo indisoluble y aunque se sostenga que el primero retrotrae sus efectos, nada de ello permite entender que los actos ratificados tengan la misma naturaleza ni jerarquía del acto ratificadorio”.¹²⁹

Así, no debe confundirnos que el Tribunal se haya declarado incompetente de revisar la constitucionalidad de los oficios impugnados. Si ello fue así, no implica que se haya dejado amedrentar por la nomenclatura “oficio” que designaba a las normas en comento. El Tribunal recabó más allá del rótulo para descubrir que, efectivamente, no estaba en presencia de un decreto supremo, quedando vedada su intervención. Por lo tanto, “Créditos Transantiago (I)” no hace más que confirmar el criterio que venimos

¹²⁸ Considerando Noveno.

¹²⁹ Considerando Décimo segundo.

reconociendo: al Tribunal Constitucional le está permitido conocer el fondo de los asuntos sometidos a su decisión, haciendo primar la realidad por sobre las meras formas y nombres. Lo contrario sería desconocer la trascendencia de su labor como autoridad máxima en materia de control de constitucionalidad.

3.4. La Teoría de la Ley Pantalla en la doctrina nacional.

De los temas estudiados en este capítulo, la “Teoría de la Ley Pantalla” es, probablemente, el que más ha interesado a los autores nacionales, ocupando un lugar preponderante en las publicaciones vinculadas al Tribunal Constitucional y su potestad de control de los decretos supremos presidenciales. Si al comienzo del capítulo denunciábamos una notoria falta de investigaciones en torno al estado actual del tema, ahora no podemos negar que el escenario es otro cuando se trata de la Teoría de la Ley Pantalla. Por supuesto que esta teoría se viene estudiando desde mucho antes de la reforma constitucional del año 2005. Pero fue precisamente en el contexto de esta reforma que la Teoría de la Ley pantalla cobró importancia, puesto que una de las modificaciones que se pretendió introducir a la LOCTC significaba, en gran medida, su consagración legal. Aquello desencadenó un acalorado debate. En este apartado analizaremos las reflexiones más interesantes originadas a partir de aquel debate, haciendo hincapié en las opiniones de los diferentes autores nacionales y sus principales discrepancias, con el objeto de exponer el panorama actual de la discusión acerca de la Teoría de la Ley pantalla en nuestro país.

a. Conceptualización

De origen francés, la Teoría de la Ley Pantalla puede definirse como aquella “tesis según la cual, existiendo una ley vigente que autoriza y a la que se ajusta el decreto, el TCCh no puede emitir juicio y dictamen sobre tal decreto, pues ello importaría, aunque fuera tácitamente o implícitamente, enjuiciar, también, dicha ley vigente, cuestión que excede su ámbito jurisdiccional. De esta manera, la existencia de

la ley autorizante actúa como una pantalla protectora del decreto que la cumple, blindándolo contra el control del TCCh”.¹³⁰

La figura se encuentra directamente relacionada con la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República. Como bien sabemos, dicha potestad tiene como fin la dictación de reglamentos que detallen o pormenoricen el contenido de las leyes. Si bien existe discusión en torno al grado de penetración en materias legales que estaría permitido al reglamento, no cabe duda que su rol es abordar los aspectos más técnicos y específicos de la ley que lo habilita, con el propósito de hacer cumplir sus disposiciones. Los decretos reglamentarios tienen su origen, por tanto, en una ley previa que los autoriza a regular ciertas materias determinadas con precisión. Ahora bien, hemos visto que el artículo 93 N° 16 de la Carta Fundamental entrega al Tribunal Constitucional la facultad de revisar la constitucionalidad de los decretos supremos presidenciales, sea que emanen de la potestad reglamentaria autónoma o de la potestad reglamentaria de ejecución. Pero en cuanto a esta última, la facultad de control se circunscribe sólo al decreto reglamentario, quedando fuera del ámbito de competencia del Tribunal la ley habilitante que sirvió de antecedente para la dictación del decreto respectivo. ¿Qué ocurre entonces cuando se suscita un problema de constitucionalidad a propósito de un decreto reglamentario emanado de la potestad reglamentaria de ejecución? Pues el Tribunal Constitucional revisará, como es su facultad, la constitucionalidad de dicho decreto. Y es aquí donde aparece el problema: muchas veces el juicio de constitucionalidad del decreto implicará también un juicio de constitucionalidad de su ley habilitante, ya que es ésta el origen y fundamento del decreto. Piénsese por ejemplo en aquellos casos que un decreto sea objetable desde un punto de vista constitucional, pero cumpla íntegramente con la ley habilitante que le ha servido de base: el Tribunal tendría que entrar a conocer la constitucionalidad de la misma ley para corregir el vicio. Pero como el Tribunal carece de competencia para enjuiciar la ley, cada vez que controlar un decreto reglamentario suponga controlar la ley que lo habilita, deberá abstenerse de revisar tal decreto. De lo contrario estaría extralimitándose en sus funciones. En consecuencia, mientras el decreto reglamentario

¹³⁰ ZAPATA, Ob. Cit., Pp. 486-487.

esté amparado por una ley habilitante, el Tribunal Constitucional no podrá dejarlo sin efecto, por mucho que adolezca de un vicio de constitucionalidad. Por ello se dice que la ley opera como una “pantalla” para el decreto, que lo protege de todo reproche de constitucionalidad por parte del Tribunal.

Como sintetiza Silva Irurozabal, “El control de constitucionalidad de los actos administrativos que se enmarcan dentro de los límites de la ley habilitante, sitúa necesariamente al juez frente a un problema de constitucionalidad de la ley. Mas, como el juez ordinario no puede controlar la constitucionalidad de las leyes, está constreñido a controlar nada más que la legalidad del acto. Se dice, entonces, que la ley hace de pantalla entre la Constitución y el acto objeto del control, e impide una confrontación directa del acto con la Constitución”.¹³¹

El mismo autor utiliza un simple silogismo jurídico para explicar mejor la teoría: “el juez administrativo no puede controlar la constitucionalidad de la ley, y controlar la constitucionalidad de un acto administrativo que aplica correctamente una ley, es controlar la constitucionalidad de la ley. Luego, el juez no puede controlar los actos administrativos legales inconstitucionales”.¹³² Más tarde el académico repara en el elemento central de este silogismo: la identificación u homologación que se produce entre el control de reglamento y el de ley. “La relación entre el acto y la ley es tan próxima”, explica, “que la apreciación de inconstitucionalidad del acto «tiende necesariamente (...) a apreciar la constitucionalidad de la ley». La ley y el acto que la ejecuta están vinculados por una relación de naturaleza tal, que su suerte está unida: el juicio del acto es el juicio de la ley”.¹³³

Como puede observarse, la Teoría de la Ley Pantalla representa una gran limitación a la facultad del Tribunal Constitucional de revisar la constitucionalidad de los decretos supremos, puesto que extrae de su ámbito de competencia una serie de

¹³¹ SILVA, Ob. Cit., P. 23.

¹³² *Ibíd.*, P. 24.

¹³³ *Ibíd.* Pp. 24-25.

casos en los que, conforme al artículo 93 N° 16, le correspondería intervenir. Por ello es natural que el Tribunal haya rechazado esta teoría en los primeros fallos que debió dictar sobre la materia. Con todo, tal como veremos al analizar esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional también ha acogido la Teoría de la Ley Pantalla en otras ocasiones, influenciado quizás por la insistencia del Ejecutivo que abiertamente la ha respaldado.

En cuanto a esto último, no debe sorprendernos que un Gobierno, cualquiera sea, escoja apoyar la Teoría de la Ley Pantalla. La razón es simple: a la Administración del Estado le incomoda que todos sus actos sean controlados directamente por el Tribunal Constitucional, sobre todo en aquellos casos en que ha actuado en cumplimiento de un mandato legal. Y es que, realmente, la doctrina de la plena justiciabilidad de los decretos supremos genera un enorme problema para la Administración.

Zapata expone con tremenda lucidez este problema: "(...) la sola posibilidad de que un decreto dictado conforme a una ley vigente pueda, sin embargo, ser invalidado por el Tribunal Constitucional, plantea al Presidente de la República una dramática disyuntiva cada vez que su acción administrativa involucre leyes vigentes cuya constitucionalidad sea debatible. En este caso, y descartando la opción de no dictar ningún decreto, el Primer Mandatario tendría dos alternativas: a) El presidente de la República puede decidir que, sin perjuicio de las dudas constitucionales, *sus decretos deberán conformarse en todo, y siempre, a la legislación vigente*. Por esa vía, el Jefe de Estado no sólo cumple su deber de acatar las leyes, sino que, además, podrá garantizar que sus actos administrativos sorteen con éxito el examen de legalidad de la Contraloría General de la República. Al actuar de esta manera, sin embargo, el Presidente arriesga ser contradicho por una decisión posterior del Tribunal Constitucional que invalide el decreto de que se trate. b) El presidente de la República puede decidir que, sin perjuicio –y aun en contra– de las leyes vigentes, *sus actos administrativos deben sujetarse en todo, y siempre, a lo que razonablemente pueda anticiparse como la interpretación «institucionalmente correcta» de la Carta Fundamental*. Bajo esta segunda fórmula, por tanto, el Primer Mandatario puede verse

en la paradójica situación de actuar deliberadamente en forma ilegal, con el objeto de asegurar efectivamente la supremacía constitucional. [Una vez consideradas las alternativas, resulta claro que] ninguna de las dos soluciones puede ser plenamente satisfactoria para la Administración. No puede extrañar por tanto, que el Ejecutivo nunca se haya resignado a aceptar la doctrina de la justiciabilidad constitucional directa de los decretos”.¹³⁴

b. Marco teórico

Así de complejo es el escenario en el que se mueve la Teoría de la Ley Pantalla en Chile. Mientras la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –pensamos– tiende al rechazarla, la Administración del Estado se inclina por defenderla. Son los intereses contrapuestos de uno u otro actor los que en gran medida han determinado su aceptación o rechazo. En un terreno así de resbaladizo, se vuelve importante destacar que la Teoría de la Ley Pantalla se funda en ciertas ideas capitales del Derecho Público, las cuales definitivamente escapan a la mera especulación política. Y es que desde su génesis, la Teoría de la Ley Pantalla ha contado con una sólida base argumentativa sobre la cual descansar, apoyada en algunos de los ideales más esenciales del constitucionalismo moderno, como son la separación de los poderes del Estado y la soberanía de la ley. En este sentido Silva Irarrázaval, principal estudioso de la Teoría de la Ley Pantalla en Chile, para quien ésta “(...) se sustenta sobre algunas doctrinas que han orientado el desarrollo del derecho público francés. Nos parece que ellas son principalmente dos: el principio de separación de poderes y el carácter infalible de la ley”.¹³⁵ Revisemos brevemente estos fundamentos.

Siempre siguiendo a Silva Irarrázaval, el principio de separación de los poderes del Estado sirve de apoyo a la Teoría de la Ley Pantalla en los siguientes términos: “El juez que censura los actos del poder legislativo se convierte en un legislador (un

¹³⁴ ZAPATA, Ob. Cit., Pp. 489-490.

¹³⁵ SILVA Irarrázaval, Luis Alejandro. El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad: la teoría de la Ley Pantalla. En *Ius et Praxis*, volumen 12, Universidad de Talca, 2006. Pp. 201-219.

«legislador negativo»), pero no puede hacerlo porque los poderes del Estado han de permanecer separados e independientes”,¹³⁶ de manera que sólo puede corresponder al Parlamento la facultad de legislar. Otro tanto ocurre con el principio de soberanía de la ley, según el cual “Una vez promulgada, la ley es un acto de validez incuestionable porque es la expresión de la voluntad soberana y los jueces están sometidos a ella. El carácter soberano de la ley significa que los jueces no pueden decidir si la aplican o no: siempre deben hacerlo”.¹³⁷ Luego el Tribunal Constitucional no puede objetar la constitucionalidad de un decreto que se ajusta a una ley habilitante, puesto que su voluntad es soberana y el decreto hace bien en respetarla.

Ahora bien, al tiempo que la Teoría de la Ley Pantalla se sustenta en principios tan importantes como la separación de los poderes y la soberanía de la ley, existe otro principio, tanto o más fundamental, que se opone a ella. Nos estamos refiriendo al principio de supremacía constitucional, que tratáramos en el Capítulo I.

Sin perjuicio de remitirnos a todo lo dicho en esa oportunidad, entenderemos la supremacía constitucional como “un principio operativo, que en su forma más radical consiste en una aplicación preferente de la norma constitucional respecto de cualquier otra norma. Dicha aplicación preferente significa, en concreto, que una incompatibilidad entre la Constitución y la ley se resuelve siempre a favor de la primera. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico nacional, tiene fuerza jurídica y vincula directamente a los órganos del Estado. Estas características resultan, por lo menos a primera vista, incompatibles con una doctrina que postule a la ley como un obstáculo para la aplicación directa de la Constitución cuando el acto administrativo inconstitucional es legal”.¹³⁸ De esta manera, el principio de supremacía constitucional se suele entender como la aplicación preferente de la Constitución en caso de antinomia con alguna otra normativa. Pero también se lo asocia con una serie de otras

¹³⁶ SILVA. “El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales (...)”. Ob. Cit., P. 25.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*, P. 37.

ideas no menos trascendentales, como son la fuerza normativa propia de la Constitución y la aplicación directa de sus normas (vinculación directa). Se trata, pues, de un principio amplio que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en sus diferentes dimensiones.

En cuanto a la “fuerza normativa” u obligatoriedad de la Constitución, el artículo 6 inciso primero de la Carta Fundamental prescribe que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Con ello está reconociendo la fuerza normativa de los preceptos de la Constitución respecto de las autoridades públicas. Soto Kloss recoge esta dimensión del principio al definir la supremacía constitucional como la “sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”.¹³⁹

Por su parte el inciso segundo del artículo 6 complementa al primero, estableciendo que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Esto quiere decir dos cosas. En primer lugar que se está asegurando la fuerza normativa de la Constitución ya no sólo respecto de los órganos de Estado, sino que también respecto de toda la ciudadanía. Segundo que los preceptos de la Constitución, en la medida que obligan, tienen aplicación directa. En efecto, si *obligan* es porque *se aplican*; y habrán de ser utilizados por los jueces para la resolución de casos concretos. Es lo que se conoce con el nombre de “vinculación directa” de la Constitución.

Esta segunda dimensión de la supremacía constitucional es cuidadosamente desentrañada por Silva Irarrázaval: “Con el sustantivo «aplicación» se está aludiendo a la acción del juez que consiste en aplicar las normas jurídicas para decidir conflictos de derechos; se refiere a la justiciabilidad de la norma. Cuando se predica la aplicabilidad como atributo de la Constitución se está diciendo que la Constitución es una norma que puede ser aplicada por el juez para decidir un conflicto de naturaleza jurídica. Con el adjetivo «directa» se especifica que la aplicación de la Constitución no es

¹³⁹ SOTO Kloss, Eduardo. Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996. P. 12.

intermediaria o mediatizada ni por la ley ni por ninguna otra norma: la Constitución ha de ser administrada por el juez sin subordinarla a norma alguna”.¹⁴⁰

Hemos analizado el principio de supremacía constitucional en su noción más ampliamente reconocida, como la aplicación preferente de la Constitución en caso de que otra norma entre en conflicto con ésta. Además esbozamos dos importantes derivaciones del principio, como son la fuerza normativa y la aplicación directa de la Constitución. Ahora consideremos el problema de la Ley Pantalla a la luz de este principio.

El presupuesto básico de la Teoría de la Ley Pantalla es la existencia de un decreto presidencial que, al tiempo que reglamenta los contenidos específicos de una ley que lo autoriza, adolece de algún vicio de constitucionalidad. En buenas cuentas, un decreto legal pero inconstitucional. Ante tal situación, la Teoría de la Ley Pantalla impide al Tribunal Constitucional objetar el decreto, debiendo dar preferencia a la ley que lo habilita. Esta hipótesis tiene dos problemas graves desde el punto de vista de la supremacía constitucional. El primero es evidente y no merece mayor análisis: si la Constitución es la norma suprema de nuestro sistema, nada autoriza al Tribunal Constitucional a preferir otra norma que no sea ésta. Pero el segundo inconveniente va todavía más lejos, puesto que la supremacía constitucional impediría la sola posibilidad de que un acto administrativo pueda ser legal e inconstitucional a la vez.

En palabras de Silva Irurozabal, “(...) la fórmula del artículo 6 inciso 1º de la Constitución no da pie a esta posibilidad: la Constitución, en cuanto norma suprema, se convierte en el criterio último de validez de todas las actuaciones de valor jurídico, produciéndose una identificación entre lo constitucional y lo jurídicamente válido, y entre lo inconstitucional y lo antijurídico. Frente a este fenómeno, el sentido de lo legal como una calidad específica del acto administrativo conforme a la ley se disuelve: no hay diferencias entre lo legal y lo constitucional y lo jurídicamente válido. [Por lo tanto] (...) un acto administrativo legal inconstitucional es siempre antijurídico, porque no

¹⁴⁰ SILVA, Ob. Cit., Pp. 43-44.

puede tener validez jurídica si es inconstitucional, por prescribirlo así el artículo 6 inciso 1°. La legalidad, en estos casos, es mera apariencia de validez”.¹⁴¹

A la luz de estos juicios, la discusión en torno a la Teoría de la Ley Pantalla se resuelve en uno u otro sentido –a favor o en contra de ella– según cuál sea el principio que se quiera hacer prevalecer. Si antepone la soberanía de la ley o a la separación de poderes de Estado, lo más consecuente será acoger la teoría. Al contrario, preferir el principio de supremacía de la Constitución debiera determinar su rechazo. Por eso un Tribunal Constitucional que –como el nuestro– se encuentre comprometido con el principio de supremacía constitucional, debiera tender hacia ese rechazo. A continuación veremos si ha sido así.

c. Análisis jurisprudencial

Revisado el marco teórico de la Teoría de la Ley Pantalla en nuestro país, nos corresponde examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a ella. Ya veníamos anunciando que el Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones, algunas veces acogiendo y otras rechazando la doctrina en análisis. Vamos examinando los casos uno por uno.

El primer caso corresponde al Rol N° 124 de 18 de junio de 1991, conocido con el nombre de “Colonia Dignidad”. El conflicto se suscitó a partir del decreto supremo N° 143 del Ministerio de Justicia, que canceló la personalidad jurídica de la siempre controversial “Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad”. Un grupo de parlamentarios de oposición promovió un requerimiento ante el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del referido decreto, ante lo cual el Ejecutivo presentó una respuesta verdaderamente novedosa para la época. En ella, el Gobierno estimó necesario distinguir: “Tratándose de los decretos y reglamentos que emanan del ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, el Tribunal Constitucional estaría facultado para examinar tanto la constitucionalidad de forma como la de fondo. Distinta sería, de acuerdo al planteamiento del Ejecutivo, la situación de los decretos

¹⁴¹ *Ibíd.*, Pp. 48-49.

particulares que dimanen de la potestad reglamentaria de ejecución. En este caso el TCCh debería cotejar, en primer término, la relación entre el decreto y la ley autorizante. Sólo en caso de existir extralimitación, irregularidad o defecto de forma en el acto administrativo, cabría emitir un pronunciamiento de inconstitucionalidad del decreto. Si, por el contrario, el decreto de ejecución se ajusta plenamente a la ley autorizante, como en el caso del decreto que canceló la personalidad jurídica de Colonia Dignidad, el Tribunal debiera inhibirse de controlar la constitucionalidad de fondo del acto administrativo, pues, si controlara sustantivamente dicha norma, estaría necesariamente emitiendo un juicio, también, sobre la ley conforme a la cual –y de acuerdo con la cual– actuó el administrador”.¹⁴²

Claramente, inhibir al Tribunal de su facultad de controlar la constitucionalidad de un decreto reglamentario en los casos que se ajuste plenamente a la ley autorizante, no es otra cosa que plantear la Teoría de la Ley Pantalla en su mejor expresión. Con ello, el Ejecutivo dio al Tribunal Constitucional la oportunidad de manifestarse por vez primera sobre esta doctrina. Pero la sentencia del Tribunal fue decepcionante. Rechazó la tesis del Gobierno ratificando expresamente lo establecido en “Subsidios para Viviendas” en cuanto a la plena justiciabilidad de los decretos de la Administración, pero al mismo tiempo precisó que su facultad de control sólo se extiende a los decretos, jamás a la ley habilitante. Nada más. Es decir, el Tribunal confirmó su competencia para conocer de la constitucionalidad de los decretos supremos presidenciales, pero no se hizo cargo de la objeción del Ejecutivo en cuanto a que un control tal involucraría, necesariamente, un juicio respecto a la ley habilitante. En consecuencia, “Colonia Dignidad” desaprovechó una valiosísima oportunidad de fijar criterios y generar precedente respecto a la Teoría de la Ley Pantalla, adoptando una postura gris e imprecisa que poco aportó al debate. Aún así, constituye un primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido de rechazar esta teoría.

Dos años después aparece la sentencia Rol N° 153 de 25 de enero de 1993, denominada “Plan Regulador”. A diferencia de “Colonia Dignidad”, este fallo sí se

¹⁴² ZAPATA, Ob. Cit., P. 479.

refiere a la posibilidad de declarar inconstitucional un decreto que se ajusta plenamente a lo dispuesto en la ley que lo funda. El conflicto se concentró en torno al Plan Regulador La Serena-Coquimbo, que fue suscrito sólo por el Ministro de Estado respectivo sin contar con la firma del Presidente de la República. Como dicha circunstancia estaba amparada por el artículo 33 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), se generó la paradójica situación de que el Plan cumplía a cabalidad con su ley habilitante, a la vez que infringía la Constitución por no contar con la firma del Presidente.

“El principal problema que se le plantea a ‘Plan Regulador’ es que, al actuar como lo hizo, la Administración no estaba sino dando cumplimiento a una norma legal plenamente vigente que autorizaba expresamente la promulgación de los Planes Reguladores con la sola firma del Ministro respectivo. Tal circunstancia, sin embargo, no intimidó al TCCh, que sobre el punto afirma: «lo consignado en (la) Ley General de Urbanismo y Construcciones... en nada altera la conclusión a que se ha arribado, porque si bien este Tribunal no tiene atribución alguna que ejercer respecto de una ley vigente, es su deber aplicar en las materias sometidas a su decisión el principio de la supremacía constitucional sobre todas las normas jurídicas que conforman nuestro ordenamiento positivo»”.¹⁴³

Es decir, el Tribunal Constitucional reconoce no tener competencia respecto a leyes vigentes, pero haciendo prevalecer el principio de supremacía constitucional decide acoger el requerimiento de todas formas. Esta decisión importa un rechazo manifiesto de la Teoría de la Ley Pantalla, la que sí quedó recogida en el voto de minoría del Ministro Eugenio Velasco. “En su voto disidente, Velasco insiste en la existencia de una ley vigente, D.F.L. 458 [contiene el texto de la LGUC] que no sólo autoriza, sino que ordena la actuación administrativa en los términos que se produjeron. Siendo así, plantea Velasco: «...este Tribunal carece en absoluto de atribuciones para decidir que este precepto legal es inconstitucional e inaplicable, que no otra cosa significa la declaración de inconstitucionalidad del referido Decreto

¹⁴³ *Ibíd.*, Pp. 485-486.

Supremo 66 por motivos de haberse expedido en forma que lo ordena el dicho precepto legal. En efecto, el artículo 82 de la Constitución Política, que señala las atribuciones de este Tribunal Constitucional, no le da la facultad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de un precepto legal, materia que entrega de modo exclusivo a la Corte Suprema el artículo 80 de la misma Constitución»¹⁴⁴.

El tercer fallo importante se conoce con el nombre de “Cesiones Gratuitas para Urbanización”, Rol N° 253 de 15 de abril de 1997. En él el Tribunal Constitucional modifica su postura precedente, acogiendo la tesis del Ejecutivo en el sentido de aceptar la Teoría de la Ley Pantalla. Ya nos referimos a las razones que explican la insistencia del Gobierno a la hora de respaldar la Teoría de la Ley Pantalla. Basta ahora con señalar que en “Cesiones Gratuitas...”, sus esfuerzos fueron al fin retribuidos. Haciendo prevalecer –esta vez– el principio de separación de los poderes del Estado, el Tribunal declaró que “(...) la petición de inconstitucionalidad de las disposiciones respectivas conlleva necesaria e ineludiblemente el emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad de un acto del Poder Legislativo, porque el Presidente de la República se ha limitado a dictar normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal en estricta sujeción a lo que éste dispone. En otras palabras, lo que en estricto derecho se hace es enjuiciar un acto del Poder Legislativo, porque lo que en verdad se objeta es la constitucionalidad de la ley en que se sustenta el reglamento. [Ello] (...) importaría vulnerar gravemente un conjunto de normas constitucionales que consagran, mediante el reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y, así también, en rigor, las atribuciones exclusivas de los distintos Poderes del Estado (...)”¹⁴⁵.

Nótese que aquí el Tribunal llega al principio de supremacía constitucional precisamente a través de la separación de los poderes de Estado, empleando ambos principios para justificar el no controlar un decreto que adhiere perfectamente a su ley

¹⁴⁴ Ibíd. Pp. 487-488.

¹⁴⁵ Considerandos Quinto y Séptimo.

habilitante. Esta argumentación no es ajena a la doctrina chilena, “(...) hay una posición de la doctrina –minoritaria, por cierto– y de la jurisprudencia que argumenta a favor de los efectos inhibitorios del acto legal precisamente invocando la supremacía de la Constitución. En otros términos, define como una exigencia de la supremacía constitucional la incompetencia del juez para anular un acto administrativo legal inconstitucional. El argumento se estructura del siguiente modo: el acto que aplicando correctamente la ley es inconstitucional revela una inconstitucionalidad de la ley, por lo que pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del acto significa pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley. Pero como el juez carece de competencia para controlar la constitucionalidad de la ley vigente, si se pronunciara acerca del acto estaría extralimitándose de sus atribuciones definidas por la misma Constitución, lo cual sería desconocer el principio de supremacía constitucional”.¹⁴⁶

En definitiva, “Cesiones Gratuitas...” no hace más que poner una sombra de duda sobre la doctrina de la Ley Pantalla, cuestión que ya parecía resuelta por el Tribunal Constitucional que la había rechazado en los fallos “Colonia Dignidad” y “Plan Regulador”. La plena justiciabilidad de los decretos legales inconstitucionales estaba nuevamente en tela de juicio, no obstante opiniones en contra como la de la Ministra Bulnes, que en el voto de minoría optó por el carácter directamente vinculante de la Constitución Política para justificar su descontento con la decisión mayoritaria. En concepto de la Ministra, “(...) El cumplimiento de la ley jamás podría 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 o indirectamente a la Constitución, es decir, no se encuentra vinculado a ésta a través de las leyes (...)”.¹⁴⁷

En aquel escenario de opiniones y principios contrapuestos, la cuestión estaba lejos de dirimirse. En los años venideros, el Tribunal Constitucional volvería a

¹⁴⁶ SILVA, Ob. Cit., P. 54-55.

¹⁴⁷ ZAPATA, Ob. Cit., P. 492.

contrastar directamente Constitución y acto administrativo legal, aunque sin manifestarse expresamente en rechazo de la Teoría de la Ley Pantalla. Así ocurrió en “Catalíticos”, Rol 325, de 26 de junio de 2001; y en “Estudio de Impacto Vial”, Rol 370 de 9 de abril de 2003. En ambos casos el Tribunal procedió a confrontar directamente con la Constitución un decreto dictado en conformidad a su ley fundante. En la primera de estas sentencias, “Catalíticos”, el Tribunal reconoció una “(...) infracción del principio de reserva legal, porque a través de un decreto se estaban afectando derechos no suficientemente regulados en la ley, pero por otras consideraciones [de orden finalista] desestimó este motivo invocado por los requirentes”.¹⁴⁸ En “Estudio de Impacto Vial” el Tribunal también estimó vulnerada la garantía de reserva legal, por no contar el decreto supremo con la habilitación legal suficiente para abarcar los derechos que estaba regulando.

Con estos casos habría podido pensarse que estaba finalmente afianzada la tesis de la plena justiciabilidad de los decretos supremos inconstitucionales emanados de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República. Pero nuevamente apareció, en el año 2008, una sentencia en la cual el Tribunal Constitucional modificaba su criterio, rechazando confrontar en forma directa un decreto con la Constitución. La sentencia conocida como “Créditos Transantiago (I)”,¹⁴⁹ Rol N° 1035 de 22 de mayo de 2008, volvía a instalar la incertidumbre en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al señalar que “(...) lo que se reprocha en el requerimiento es que un determinado acto administrativo excede el marco legal vigente, lo que exorbita las facultades de este Tribunal, quien no está llamado a resolver las controversias de legalidad, mismas que están entregadas a otros órganos jurisdiccionales...”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ SILVA, Ob. Cit., P. 241.

¹⁴⁹ A esta sentencia hacíamos referencia en apartado anterior, a propósito de la realidad versus las formas en la competencia del Tribunal Constitucional. En esta sentencia, decíamos, se reflejaría la voluntad del Tribunal de no dejarse amedrentar por las meras formas y el deseo de recabar en el fondo de los asuntos sometidos a su decisión.

¹⁵⁰ Considerando Trigésimo.

Así, la decisión de “Créditos Transantiago (I)” suponía volver a acoger la Teoría de la Ley Pantalla. Pero no nos apresuremos a pensar que esta tesis se impuso de manera definitiva. Existe una última sentencia de enorme trascendencia que la rechaza, respecto de la cual existen buenas razones para creer que su decisión ha establecido un precedente sólido. Nos estamos refiriendo al fallo dictado por el Tribunal conociendo del proyecto que modificaba su propia Ley Orgánica Constitucional, Rol N° 1.288 de 25 de agosto de 2009, al que denominaremos “LOCTC” (Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

Durante la tramitación de este proyecto de ley, a raíz de una indicación presidencial en el segundo trámite constitucional, surgió una disposición que fue objeto de polémica en el Congreso. Dicha disposición pretendía añadir como causal de inadmisibilidad de todo requerimiento interpuesto en contra de decretos supremos, la siguiente: “cuando el vicio invocado afecte a un precepto legal vigente y no al decreto supremo impugnado”. Más adelante en la tramitación del proyecto, el diputado Cristián Monckeberg planteó sus reparos en contra del precepto citado, señalando que “(...) La aceptación de esta causal significaría la consagración en el país de la figura que la doctrina conoce como la ley pantalla, es decir, la situación que se produce cuando una ley se interpone entre el acto administrativo y la Carta Política e impide que esta última pueda aplicarse porque ello supondría controlar la constitucionalidad de la ley vigente. Sostuvo que de acogerse esta causal, se estarían recortando las atribuciones del Tribunal Constitucional y del Congreso en beneficio de una mayor impunidad de los decretos presidenciales. Agregó que en la historia del Tribunal Constitucional, esta doctrina había sido sostenida por el gobierno con resultados variables, siendo acogida en dos casos y rechazada en otros dos, pero pensaba que su consagración legal cambiaría la situación, por cuanto restaría flexibilidad a los ministros del Tribunal para pronunciarse sobre los argumentos que permitieran fundar la decisión más justa”.¹⁵¹

¹⁵¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (2008), p. 34.

Ante tal observación, los representantes del Gobierno respondieron que en ningún caso se estaba consagrando la Teoría de la Ley Pantalla, puesto que si el Tribunal Constitucional se veía impedido de controlar la constitucionalidad de una ley vigente en el contexto de un requerimiento en contra de un decreto, siempre quedaba la posibilidad de impugnar dicha ley a través de la acción de inaplicabilidad. La ley habilitante no podría, pues, quedar indemne en caso de adolecer de algún vicio de constitucionalidad. El Ejecutivo recordó “(...) que la acción de inaplicabilidad puede ser intentada por las partes y que los legisladores también tienen la posibilidad de reclamar la inconstitucionalidad al momento de legislar. Creían que de aceptarse esta observación, basada sólo en un planteamiento académico, podía llegar a afectarse la certeza jurídica”.¹⁵²

Tras examinar el requisito de admisibilidad aludido, el Tribunal Constitucional resolvió que en él “(...) se contempla una limitación en relación con la atribución que el N° 16 del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental otorga a esta Magistratura, que no se aviene con ella. En efecto, el precepto constitucional dispone que este Tribunal debe resolver acerca de la constitucionalidad de un decreto supremo, «cualquiera sea el vicio invocado». En cambio, la norma del proyecto en análisis hace una distinción según cuál sea la naturaleza del vicio, señalando que si éste afecta «a un precepto legal vigente» el requerimiento interpuesto no puede prosperar y debe ser declarado inadmisibile, restringiendo así el alcance de la disposición constitucional”.¹⁵³ Por tanto, “(...) si ha sido voluntad del constituyente confiarle al Tribunal Constitucional la función de velar por la supremacía de la Constitución sobre los actos del Presidente de la República en los términos antes indicados, éste tiene la obligación, actuando dentro de su competencia, de ejercer las facultades que le han sido conferidas y no puede una disposición legal impedirselo, permitiendo así que entren a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico preceptos cuya constitucionalidad ha sido objetada”.¹⁵⁴

¹⁵² *Ibíd.*, pp.34-35.

¹⁵³ Considerando Octogésimo sexto.

¹⁵⁴ Considerando Octogésimo octavo.

Atendidos estos razonamientos, el Tribunal resolvió declarar inconstitucional la causal de inadmisibilidad indicada en el N° 5 del inciso segundo del artículo 50 bis, que el artículo único N° 64 del proyecto incorporaba a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Los fundamentos emanan con claridad de los considerandos citados. El Tribunal ha hecho prevalecer el principio de supremacía constitucional, expresando que la causal de admisibilidad en comento establece una limitación a su función de control que no se aviene con el texto del artículo 93 N° 16 de la Constitución. Indagando en el espíritu del constituyente, el Tribunal Constitucional se autoproclamó como el más alto garante del principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, no considerando razonable que una disposición legal pueda coartar su misión.

Tal cual adelantamos, creemos que existen buenas razones para pensar que el fallo “LOCTC” sienta un sólido precedente jurisprudencial en el sentido de rechazar la Teoría de la Ley Pantalla. En primer lugar, la sentencia acoge expresamente el principio de supremacía constitucional, que como dijimos al analizar los fundamentos en contra de la Teoría de la Ley Pantalla, involucra o condiciona forzosamente al rechazo de la misma. En segundo término, según lo indica la fundamentación del fallo, el rechazo a esta teoría parece ser la opción que más se aviene con la intención o espíritu de la Constitución, sobre todo con el texto del nuevo artículo 93 N° 16 tras la reforma del año 2005. Y es que no sería del todo inexacto pensar, por ejemplo, que al ampliar los vicios de que puede adolecer un decreto presidencial, la reforma abrió el camino al Tribunal Constitucional para controlar incluso aquellos actos administrativos que adolezcan de un vicio de ilegalidad. En este sentido Miguel Ángel Fernández, para quien “(...) la reforma constitucional de 2005, al atribuirle al Tribunal competencia para revisar la constitucionalidad de un decreto supremo *cualquiera sea el vicio invocado*, le confiere potestad para examinarlo en caso que ese vicio alegado sea, precisamente, la ilegalidad, ya que no es extraño que nuestros órganos de control se encuentren investidos de ambos controles como sucede con el Poder Judicial, v.gr., a propósito de los artículos 7° inciso final, 20 y 21 de la Constitución, y la Contraloría General de la

República, en su artículo 99 incisos 1° y 3°, aunque ello se haga, en cada caso, para objetivos diversos”.¹⁵⁵

En tercer lugar, cabe destacar el rol que juega la Teoría de la Ley Pantalla en la controversia. Los demás fallos analizados hacían referencia a la doctrina de la ley pantalla en la medida que sus presupuestos se configuraban a propósito de la dictación de algún reglamento de ejecución, o incluso durante la discusión de aspectos de fondo del mismo. Es decir, aparecía no como el objeto principal del conflicto, sino que de manera accesoria, generalmente asociada a la argumentación del Ejecutivo que defendía la indemnidad de sus actos administrativos. En “LOCTC” se revisaron diversos temas relacionados al proyecto que modificaba la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, y entre ellos figuraba la Teoría de la Ley Pantalla. Pero a diferencia de las otras sentencias examinadas en torno al tema, aquí el Tribunal Constitucional se pronuncia explícitamente en rechazo de esta teoría, haciendo prevalecer los principales fundamentos que se oponen a ella. Nunca el Tribunal había razonado de manera tan explícita y frontal acerca de esta doctrina, lo que hace poco aconsejable desatender su decisión al respecto.

Finalmente, existe otra razón para creer que el Tribunal Constitucional ha llegado a un consenso en la materia: la circunstancia de que fue la unanimidad del Tribunal (diez votos a cero) la que optó por declarar inconstitucional el referido N° 5 del artículo 50 bis. Sin duda, dicha unanimidad refleja una intención del Tribunal Constitucional en cuanto a comenzar a dirimir el debate en favor de la plena justiciabilidad de los decretos legales inconstitucionales. Sin embargo, algunos autores son más cautos en sus conclusiones. Para Zapata, difícilmente “(...) la unanimidad anotada refleje, necesariamente, un nuevo consenso sobre el tema de la ley pantalla. (...) probablemente, los Ministros siguen pensando igual que hace un par de años, de

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ González, Miguel Ángel. La Teoría de la Ley Pantalla, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de su ley orgánica. En Reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del tribunal constitucional. Santiago de Chile; Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca: Asociación Chilena de Derecho En Constitucional, 2010. P. 207.

manera que las diferencias podrían a asomar en casos futuros. Lo que los ha unido en “Ley Orgánica TC”, más que la convergencia doctrinaria, (...) es la resistencia a dejar que el asunto sea resuelto por el legislador orgánico”.¹⁵⁶ En definitiva, el tiempo dirá si el Tribunal Constitucional efectivamente sentó un precedente con “LOCTC”.

Más allá de lo que pueda ocurrir, no podemos sino aplaudir la decisión de un Tribunal Constitucional que no dio su brazo a torcer ante una doctrina que cercena una de sus facultades más valiosas. Adherimos a las palabras de Fernández cuando considera “(...) más relevante justificar que el Tribunal pueda examinar directamente la constitucionalidad del acto administrativo, aun sin consideración a su legalidad o ilegalidad, más allá incluso de la fuerza normativa directa de la Carta Fundamental, en el papel que corresponde desempeñar a dicha Magistratura, atendiendo el dominio, casi incontrarrestable, del Presidente de la República respecto de la ley que puede conducir a que sea irrelevante examinar la legalidad del acto administrativo que, posteriormente, él mismo o sus subordinados en la Administración dictan para la ejecución de aquella ley. Esta última, sobre todo considerando la asesoría y los medios prelegislativos con que cuenta el Jefe de Estado, puede ser adecuadamente preparada para recibir el reglamento que la aplica e, incluso, ir más allá, dejando espacio para la ejecución infra reglamentaria por los jefes de servicio. Visualizo un permanente proceso de deslegalización en nuestro sistema jurídico y, (...) todavía, una clara tendencia hacia la desreglamentarización, quedando la verdadera regulación de los asuntos –particularmente, del ejercicio de los derechos fundamentales– entregada a resoluciones, normas de carácter general, dictámenes, instructivos u otras formas análogas emanadas de los servicios públicos”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ ZAPATA Larraín, Patricio. Rayando su propia cancha. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre su Ley Orgánica. En Reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del tribunal constitucional. Santiago de Chile; Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca: Asociación Chilena de Derecho En Constitucional, 2010. P. 17.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ González, Ob. Cit., Pp. 208-209.

Al igual que en “Píldora del día después (I)”, sentencia analizada en el apartado 3.3 de este capítulo, la justeza del “LOCTC” está dada porque repara en la importancia de controlar y en las graves consecuencias de no hacerlo. Si el Tribunal Constitucional se abstuviese de controlar los actos administrativos que se ajustan a lo dispuesto en su ley habilitante, una parte importante de la producción normativa de la Administración quedaría fuera de todo control de constitucionalidad.

3.5. Clasificaciones doctrinarias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Quisiéramos terminar este capítulo destacando los planteamientos de distintos autores que han hecho un esfuerzo por agrupar en categorías la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La conveniencia de tratar aquí esta temática está dada por diversas razones. En primer lugar se trata de una materia que, si bien se construye a partir del análisis de casos, expresa un esfuerzo estrictamente dogmático. En segundo término y en concordancia con lo anunciado en la introducción de este capítulo, el estudio de doctrinas referentes al Tribunal Constitucional está necesariamente ligado al análisis de sus fallos, por lo que no debe incomodarnos el tratamiento de eventuales clasificaciones de aquella jurisprudencia junto con otros temas dogmáticos. Asimismo, resulta beneficioso cerrar la exposición de los temas más significativos abordados por la doctrina contrastando las distintas clasificaciones que se han elaborado de tal jurisprudencia, toda vez que el asunto ha preocupado muchísimo a nuestros autores. Finalmente, muchas de las clasificaciones que expondremos se vinculan bastante a la Teoría de la Ley Pantalla, por lo que conviene tratarlas después del apartado que le dedicáramos a aquella doctrina. Hechas estas aclaraciones, pasemos a explicar las clasificaciones doctrinarias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

a. Distintos enfoques

La posibilidad de agrupar en diferentes categorías y en torno a criterios comunes la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es un tema pacífico en la doctrina. Mientras algunos plantean la existencia de diferentes “períodos” o “etapas”,

otros niegan dicha posibilidad dada la naturaleza siempre cambiante de los criterios adoptados por el Tribunal en cada caso. En efecto, se puede observar una enorme variabilidad de estándares en las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que pone cuesta arriba la tarea de efectuar algún tipo de sistematización. A favor de tal iniciativa se manifiesta Carmona, mientras que para Silva Irarrázaval resulta poco viable todo afán de identificar períodos. Ambos autores son los principales exponentes del tema.

El primero de ellos admite la gran movilidad u oscilación de la jurisprudencia del Tribunal, lo que –sin embargo– no lo inhibe de enunciar la existencia de distintos períodos. Es más, aquella movilidad es la posibilitaría la identificación de diferentes etapas: “no es fácil analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Diversos factores contribuyen a ello. En primer lugar, es una jurisprudencia dinámica, pues tiene períodos. Por lo mismo, no existe ‘la jurisprudencia’. En segundo lugar, no siempre el Tribunal toma las mismas variables de análisis. Y, finalmente, no siempre sigue sus mismos criterios metodológicos o test al momento de resolver los casos que se le someten”.¹⁵⁸

Por su parte, Silva Irarrázaval reconoce que “Es habitual que entre los autores se exponga la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia distinguiendo ‘etapas’, ‘períodos’ o ‘épocas’, según el grado de aplicación de la Constitución, caracterizándose unas por su amplitud y otras por su estrechez, y que responderían a matrices de enjuiciamiento distintas. [Pero la verdad es que] (...) no existen tales períodos y, excepto unos pocos casos (sentencias Roles 116, 153, 325 y 591), todas las sentencias del Tribunal responden a una sola matriz (más o menos refinada) que condiciona la inconstitucionalidad a un defecto en la relación del reglamento de ejecución con la ley ejecutada, es decir y en buenas cuentas, a una cuestión de legalidad”.¹⁵⁹

¹⁵⁸ CARMONA, Santander, El art. 93 N° 16... Ob. Cit., P. 59.

¹⁵⁹ SILVA, Ob. Cit., P. 266.

El caso de este último autor resulta bastante particular, puesto que no niega la posibilidad de efectuar clasificaciones. Muy por el contrario, plantea una aguda sistematización basada en criterios que miran hacia la legalidad del acto administrativo como condición de todo –o casi todo– examen de constitucionalidad. Lo que el autor sí niega es la posibilidad de identificar etapas o períodos jurisprudenciales; es decir, grupos de sentencias dictadas en lapsos más o menos breves de tiempo y que responden a un patrón de enjuiciamiento único o al menos homogéneo. Precisamente eso es lo que hace Carmona, quien distingue cuatro etapas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la primera a contar de 1990 y hasta 1996, la segunda entre 1997 y 2001, la tercera desde 2001 hasta 2007 y, finalmente, una cuarta etapa a partir del año 2007 en adelante. Silva Irrarázaval, en cambio, plantea una clasificación de carácter estrictamente técnico jurídico, agrupando sentencias sin consideración a la fecha en que fueron dictadas, en torno a distintas variantes de una misma matriz de enjuiciamiento. Esta matriz es bastante simple: todo examen de constitucionalidad de un decreto reglamentario, esto es, emanado de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República, está más o menos condicionado a un control previo de legalidad del mismo acto, sin perjuicio de que un control tal exorbite las facultades del Tribunal Constitucional. Según cuál sea el rol que juega ese control de legalidad en la decisión, la sentencia cabrá en una u otra de las categorías planteadas por el autor. Comencemos, pues, revisando estas ideas.

b. Clasificación de Silva Irrarázaval

Escribe Silva: “En el caso específico de la potestad reglamentaria de ejecución, la constitucionalidad de su ejercicio es inseparable de su legalidad, puesto que precisamente su deber consiste en ejecutar leyes y, ¿cómo determinar si ha vulnerado la Constitución sin averiguar antes si ha ejecutado o no la ley? [Es así como] (...) Este entrelazamiento entre ley y reglamento, que difumina los contornos de lo legal y lo constitucional, abre un espacio en que ilegalidad e inconstitucionalidad se identifican y autoriza al Tribunal a examinar la legalidad para determinar la constitucionalidad. Por eso, nos parece apresurado plantear sin más el juicio de legalidad y de constitucionalidad como dos actividades claras y distintas, entre las que el Tribunal

debe optar necesariamente por la segunda. (...) la ley –guste o no– tiene una función importante en la determinación de la constitucionalidad de un decreto reglamentario de ejecución. En su actividad de control, el Tribunal no siempre (en realidad, casi nunca) puede prescindir de la ley para juzgar los actos administrativos, menos aún cuando el vicio que se le reprocha es precisamente la infracción de la reserva legal”.¹⁶⁰

En definitiva, la tesis de Silva Iruarrázaval plantea que cada vez que se ejerza un control de constitucionalidad en el marco de la potestad reglamentaria de ejecución, será necesario un análisis previo de legalidad, y aquello quedaría demostrado –en el mayor de los casos– en la jurisprudencia misma del Tribunal Constitucional. En concordancia con lo anterior, el autor plantea una clasificación que dice relación con el modo en que dicho control de legalidad se ha llevado a cabo. Divide la jurisprudencia en dos grandes categorías “atendiendo al condicionamiento que ejerce la ley en el juicio de constitucionalidad del acto administrativo”. Así, “Las sentencias en que la ley ha sido irrelevante en el juicio acerca de la constitucionalidad del acto administrativo, son casos de aplicación directa o inmediata de la Constitución. En cambio, aquellas sentencias en que la ley ha condicionado de algún modo la aplicación de la Constitución en el enjuiciamiento del acto, son casos de aplicación indirecta o mediata”.¹⁶¹

Adicionalmente, reconoce una serie de subclasificaciones en ambas categorías. En aquellas sentencias de aplicación directa o inmediata de la Constitución, distingue casos de inconstitucionalidad pura y simple, de ilegalidad constitucional y de legalidad inconstitucional:

- Por casos de *inconstitucionalidad pura y simple*, Silva apunta a fallos en que no existe referencia alguna a la ley. Reconoce un solo caso: la sentencia que conocemos con el nombre de “Subsidios para Viviendas”, Rol N° 116

¹⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 236-238.

¹⁶¹ *Ibíd.*, pp. 238-239.

de 27 de diciembre de 1990. Se trata justamente del primer requerimiento de constitucionalidad fallado por el Tribunal Constitucional.

- Por *ilegalidad constitucional*, el académico comprende “aquellas sentencias que declaran la constitucionalidad del acto sometido a control sin reparar en la incongruencia que tiene con su ley habilitante. A pesar de que la deficiente relación del decreto de ejecución con la ley ejecutada puede interpretarse como una trasgresión del marco legal (o sea, una ilegalidad), el Tribunal Constitucional prescinde de esta circunstancia y decide la constitucionalidad del acto aplicando directamente la Constitución”.¹⁶² También se identifica una sola sentencia de este tipo: la muy comentada “Catalíticos”, Rol N° 325 de 26 de junio de 2001.
- Finalmente, los casos de *legalidad inconstitucional* reflejarían “sentencias en que el acto administrativo es declarado inconstitucional a pesar de que se limita a ejecutar estrictamente la ley. En estos casos, la norma sometida a control se contrasta directamente con la Constitución. La legalidad del acto no obstaculiza la aplicación de la norma constitucional”.¹⁶³ A este grupo pertenecerían sentencias como “Plan Regulador”, Rol N° 153 de 25 de enero de 1993; “Acceso Playas”, Rol N° 245 de 2 de diciembre de 1996; y “Píldora del día después”, Rol N° 591 de 11 de enero de 2007.

En el otro extremo encontramos aquellos casos de aplicación indirecta o mediata de la Constitución, en donde el juicio de constitucionalidad del acto administrativo está condicionado por un juicio previo de legalidad del mismo. De nuevo Silva realiza una subclasificación: existirían casos de legalidad constitucional por un lado, y de ilegalidad inconstitucional por el otro. Analicémoslos:

- En los casos de *legalidad constitucional* se han considerado aquellas “sentencias que rechazan los requerimientos de inconstitucionalidad por ser

¹⁶² *Ibíd.*, p. 240.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 241.

el acto atacado conforme con su ley habilitante. En algunos casos, la legalidad del acto se convierte en un blindaje que le impide al Tribunal pronunciarse acerca de su constitucionalidad y en otros, en cambio, la legalidad es garantía de constitucionalidad”.¹⁶⁴ Es decir, en los casos de *legalidad constitucional* se distinguirían dos grupos. El primero coincide claramente con los presupuestos de aplicación de la Teoría de la Ley Pantalla, en la medida que la ley resguarda al acto de todo reproche de constitucionalidad. Existirían cuatro sentencias en que esto ha ocurrido: “Colonia Dignidad”, Rol N° 124 de 18 de junio de 1991; “Cesiones gratuitas para urbanización”, Rol N° 253 de 15 de abril de 1997; “Modificaciones Presupuestarias”, Rol N° 254 de 26 de abril de 1997; y “Protocolo con Bolivia”, Rol N° 282 de 28 de enero de 1999.

El segundo grupo trataría de fallos en que la constitucionalidad del acto habría sido determinada, precisamente, por su legalidad. También aquí se individualizan cuatro sentencias: “Tarifas de Peajes”, Rol N° 183 de 17 de mayo de 1994; “Regulación de Transporte Público”, Rol N° 388 de 25 de noviembre de 2003; “Reglamentación de requisitos para reconocimiento oficial a parvularios”, Rol N° 465 de 30 de marzo de 2006; y “Normas de Emisión Estero Carén”, Rol N° 577 de 26 de abril de 2007. A modo de ejemplo, el Considerando Quinto de “Tarifas de Peajes” expresa: “de lo razonado con anterioridad surge en evidencia que el tributo cuestionado en el Decreto N° 434/93 ha sido concebido dentro de la esfera de la legalidad y que, por ende, no es inconstitucional.” Para Silva, “Esta conclusión denota la orientación del razonamiento judicial, dirigido a demostrar que el acto administrativo fue dictado al amparo de la ley y que, por lo tanto, no infringió el principio constitucional de reserva legal de los tributos. En otras palabras, que el acto, por ser legal, no es inconstitucional”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 245.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 252.

- Por *ilegalidad inconstitucional*, el académico citado entiende aquellas sentencias que cuentan con “la misma matriz de enjuiciamiento que las caracterizadas inmediatamente más arriba. La única diferencia (...) es el distinto signo de la decisión. Ya no se trata de una legalidad que condiciona una constitucionalidad, sino de una ilegalidad que condiciona una inconstitucionalidad”.¹⁶⁶ Existirían tres sentencias en que esto ha ocurrido: las mencionadas “Publicidad Caminera (I)” y “Publicidad Caminera (II)”, Roles N° 146 de 21 de abril de 1992 y N° 167 de 6 de abril de 1993, respectivamente; y la sentencia conocida como “Estudio de Impacto Vial”, Rol N° 370 de 9 de abril de 2003. En “Publicidad Caminera (I)”, el acto administrativo en entredicho fue el decreto supremo N° 357, que en buenas cuentas establecía una prohibición (más que una limitación) al ejercicio de las garantías fundamentales consagradas en el artículo 19 N° 21 y 24 de la Constitución. Ello por cuanto restringía considerablemente la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquiera otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país y sus fajas adyacentes. Pero aquel acto administrativo se basaba en una ley que sí permitía la colocación de propaganda en las mismas zonas prohibidas, lo que originaba una clara falta de concordancia entre el decreto y su ley autorizante. Así las cosas, el Tribunal Constitucional no pudo menos que declarar inconstitucional la normativa, puesto que “una vez establecido que por vía reglamentaria se ha intervenido en materias reservadas a la ley, la inconstitucionalidad de dicha intervención es inevitable”.¹⁶⁷

Podemos observar que la clasificación de Silva Irrarázaval obedece a una metodología bastante técnica. En base a un criterio estrictamente jurídico como es el condicionamiento que puede ejercer el examen de legalidad de un acto en la constitucionalidad del mismo, clasifica las sentencias del Tribunal en categorías que no

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 255.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 256.

dicen relación con la fecha en que fueron dictadas. Los fallos que pertenecen a cada una de sus categorías fueron dictados con meses e incluso años de separación, mientras que en el intertanto se iban dictando sentencias que, obedeciendo a un criterio diverso, se introducen en otras categorías. Tal particularidad concuerda perfectamente con el hecho de que el autor no reconozca períodos o etapas en la jurisprudencia que tan cuidadosamente sistematiza.

c. Clasificación de Carmona

Todo lo contrario ocurre con la clasificación de Carmona quien, recogiendo grupos de sentencias dictadas en períodos más o menos breves de tiempo, identifica criterios y patrones comunes que de a poco van configurando una misma “etapa” o “período”, de modo que cuando el criterio cambia, se deja atrás un período para entrar en otro. Tal como lo anunciáramos, usando esta metodología el autor plantea una clasificación que se descompone en cuatro etapas. Cada etapa respondería de manera diferente a una misma interrogante: en qué casos el Tribunal Constitucional puede enjuiciar implícitamente la ley a la hora de ejercer el control de constitucionalidad de los decretos supremos presidenciales, específicamente cuando emanan de la potestad reglamentaria de ejecución de la Administración. Es decir, el criterio de sistematización mira hacia la posibilidad de contrastar directamente el acto impugnado con la Constitución en aquellos casos que exista una ley habilitante de por medio. Revisemos estas etapas.

Siguiendo al mismo Carmona, “La primera etapa se extiende entre 1990 y 1996. En este período, el Tribunal Constitucional considera que es legítimo que contraste directamente el decreto con la Constitución”.¹⁶⁸ Así acontecería en fallos como “Subsidios para Viviendas”, Rol N° 116 de 27 de diciembre de 1990; “Plan Regulador”, Rol N° 153 de 25 de enero de 1993; y “Acceso Playas”, Rol N° 245 de 2 de diciembre de 1996.

¹⁶⁸ CARMONA, Santander, El art. 93 N° 16... Ob. Cit., P. 94.

“La segunda etapa se extiende entre 1997 y el año 2001. El Tribunal Constitucional considera que dicho proceder [contrastar directamente el decreto con la Constitución] es ilegítimo; entre otras razones, porque puede declarar tácitamente inconstitucional la ley que funda el decreto”.¹⁶⁹ Es decir, en este período el Tribunal no estima conveniente efectuar controles de constitucionalidad respecto a decretos supremos que se encuentren amparados por una ley habilitante, puesto que un juicio sobre tal decreto importaría también enjuiciar esa ley, cuestión que excede sus atribuciones. Así ocurre en “Cesiones Gratuitas para Urbanización”, Rol N° 253 de 15 de abril de 1997; “Modificaciones Presupuestarias”, Rol N° 254 de 26 de abril de 1997; y “Protocolo con Bolivia”, Rol N° 282 de 28 de enero de 1999.

“La tercera etapa comienza el año 2001 y se extiende hasta el año 2007. En este período, el Tribunal Constitucional utiliza dos tests para enjuiciar el reglamento que implican un juicio sobre la ley”.¹⁷⁰ Es decir, en esta etapa el Tribunal continúa contrastando directamente el acto administrativo con la Constitución, pero añadiendo ciertos componentes nuevos al control que ejerce: dos “tests” que ayudarían al Tribunal Constitucional a determinar la constitucionalidad del acto, precisamente, a través del enjuiciamiento de la ley que le sirvió de base.

El primer test corresponde al de *habilitación legal previa y suficiente*, conforme al cual el examen de la ley habilitante podría determinar la constitucionalidad del acto reglamentario en la medida que ésta lo autorice a disponer de aquellos bienes jurídicos que está afectando, en cuyo caso no existiría vicio alguno. Dicho de otra forma, la constitucionalidad del decreto estará determinada por la adecuación del mismo a su ley habilitante, de modo que no existiría un problema de constitucionalidad si dicha ley ha autorizado al decreto supremo a efectuar la reglamentación que se le reprocha. Pero tal autorización legal ha de cumplir con dos requisitos para ser válida: debe ser previa al acto administrativo impugnado, y debe ser “suficiente” en el sentido de alcanzar a cubrir todos los aspectos del acto en cuestión.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*

El test de la *habilitación legal previa y suficiente*, como requisito adicional para la constitucionalidad del acto reglamentario, goza de favorable aplicación en la jurisprudencia del Tribunal. En “Áreas Verdes”, Rol N° 373 de 22 de julio de 2003, el Tribunal Constitucional declaró que “Procede revisar los preceptos legales pertinentes para constatar si contienen o no la fundamentación legal, previa y suficiente, que la Constitución exige en relación con el dominio legal, de un lado, y la potestad reglamentaria del Presidente de la República destinada a ejecutarlos, del otro”.¹⁷¹ Lo propio aconteció en “Regulación de Transporte Público”, Rol N° 388 de 25 de noviembre de 2003: “Es menester examinar el contenido de las fuentes legales más relevantes, que habrían facultado la dictación de la preceptiva reglamentaria cuestionada, con el propósito de establecer si el Decreto Supremo N° 56, contiene o no la correspondiente contrapartida legal, previa y suficiente, que exige la Carta Fundamental en relación con el dominio legal, por una parte, y la potestad reglamentaria del Presidente de la República que lo habilite para ejecutarlas, por la otra”.¹⁷²

El segundo test que utiliza el Tribunal Constitucional es el de la *determinación y la especificidad*, que también supone el enjuiciamiento de una ley habilitante. Mediante este estándar “(...) el Tribunal juzga la calidad de la ley. Sólo si ésta señala concretamente los derechos que pueden quedar afectados (determinación), y precisa las medidas que pueden adoptarse con tal finalidad (especificidad), será lícito el reglamento que la ejecuta. En otras palabras, se analiza la densidad con que la ley regula los derechos, posponiendo el examen de constitucionalidad del decreto a un segundo momento”.¹⁷³ Así el fallo “Catalíticos”, Rol N° 325 de 26 de junio de 2001, cuyo texto establece que “(...) las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de ‘determinación’ y ‘especificidad’. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma

¹⁷¹ Considerando Décimo.

¹⁷² Considerando Sexto.

¹⁷³ SILVA, Ob. Cit., P. 265.

concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad”.¹⁷⁴

La doctrina chilena no es ajena al uso de estos tests. Además de los estándares de *habilitación legal previa y suficiente* y de *determinación y especificidad* ya explicados, los autores identifican otros más. En este sentido Dorn, al señalar que “(...) un completo y acabado examen de constitucionalidad de un reglamento supone considerar dos niveles de análisis: Primer nivel. Apremiar la armonía jurídico-abstracta del contenido normativo del reglamento con la Constitucionalidad [criterio que se conoce con el nombre de *razonabilidad técnica*]. Segundo nivel. La validez del reglamento queda subordinada a la constitucionalidad de la remisión del legislador, atendido que la Carta Fundamental impone un contenido mínimo y esencial irrenunciable e indelegable por el legislador y que dice relación con la configuración del núcleo esencial de la institución respectiva, según se desprende del inciso final del N°3 del artículo 19 y del N° 20 del artículo 63, ambos de la Constitución [criterio de la *habilitación previa y suficiente*]”.¹⁷⁵

Así también Silva Irarrázaval, que además de los estándares mencionados reconoce los de *indisolubilidad* y *razonabilidad técnica*. El primero postula que “entre la ley y el reglamento que la ejecuta existe una unión indisoluble, que se traduce para el Tribunal Constitucional en la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad del decreto que ejecuta correctamente la ley. Si lo hiciera, estaría declarando la inconstitucionalidad de la propia ley a la que el decreto se encuentra indisolublemente unido, atribución de que carece”.¹⁷⁶ Muy cercano al de *indisolubilidad* aparece el criterio de *razonabilidad técnica*, el cual “especifica una condición que debe tener el reglamento para que pueda considerarse vinculado a la ley y, por tanto, constituir con

¹⁷⁴ Considerando Cuadragésimo.

¹⁷⁵ DORN Garrido, Carlos. El Control De Constitucionalidad del Reglamento ante el Tribunal Constitucional tras la Reforma del año 2005. En Revista Entheos, N° 6, año 2007, Universidad de Las Américas, Santiago de Chile. P. 332.

¹⁷⁶ SILVA, Ob. Cit., P. 260.

ella un todo jurídicamente armónico. Consiste en que el Legislador no ha podido encomendar al reglamento dictar normas inconstitucionales, porque ello no es razonable. En palabras de las sentencia Rol 253,¹⁷⁷ el criterio es «una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos», la correspondencia que debe existir «entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar».¹⁷⁸

Pero cuando Silva advierte la existencia de estos criterios en la jurisprudencia del Tribunal, no es para identificar un período como lo hace Carmona, sino que para expresar que el Tribunal ha ido refinando su matriz de enjuiciamiento a la hora de examinar la constitucionalidad de los decretos supremos, siempre subordinando dicho examen a uno previo de legalidad que condicionaría la decisión final. Como sea que se les considere, lo cierto es que estos tests o criterios han sido de gran utilidad para el Tribunal Constitucional, que los ha empleado en numerosas ocasiones para determinar la constitucionalidad del acto mediante el control de aspectos específicos de su ley habilitante.

La cuarta y última etapa que propone Carmona comenzaría el 2007, con el fallo que conocemos con el nombre de “Píldora del día después (I)”, Rol N° 591 de 11 de enero de 2007. Recordemos que en este caso se impugnó una resolución ministerial que se fundaba en el artículo 4° del DFL N° 1 del año 2005, que contiene el Estatuto Orgánico del Ministerio de Salud. Una vez determinada la naturaleza reglamentaria de la resolución exenta impugnada y la competencia del Tribunal para conocer de ella, quedaba el problema de que controlar dicha normativa implicaba también la revisión de su ley habilitante (el referido DFL N° 1), cuestión que escapaba al ámbito de atribuciones del Tribunal. “El ministro Colombo, solitariamente, advirtió el asunto, aunque integró la mayoría. Sostuvo: «Con estos antecedentes cabe concluir entonces que el acto administrativo impugnado es un mero acto de ejecución, quedando de manifiesto entonces que si la impugnación de constitucionalidad de este proceso

¹⁷⁷ “Cesiones Gratuitas para Urbanización”.

¹⁷⁸ SILVA, Ob. Cit., P. 263.

sobrevive a dicho análisis, lo que en realidad se estaría impugnando entonces es el conjunto de preceptos legales que habilitan a la autoridad competente para dictar el acto impugnado (C. 6º)». Para la mayoría del Tribunal Constitucional, en cambio, controlar implícitamente la ley no fue un problema. Ni siquiera recurrió a los tests que a partir del año 2001 el mismo había diseñado. Simplemente invocó como precedente para controlar el decreto un fallo dictado en el primer período de la jurisprudencia que se analiza. (...) En otras palabras, con el fallo de la píldora del día después, el Tribunal Constitucional vuelve a su primer período, pues contrasta directamente decreto con la Constitución aunque haya ley que faculte la norma impugnada a hacer lo que se cuestiona”.¹⁷⁹

En consecuencia, el cuarto período consiste en volver a confrontar directamente el acto con la Constitución, tal como acontecía en el primero. Además de “Píldora del día después (I)”, se incluiría en esta etapa el fallo que analizáramos en el apartado 3.4 con el nombre de “Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional”, Rol N° Rol N° 1.288 de 25 de agosto de 2009. En este caso se “objetó que fuera posible que dicha ley estableciera como causal de inadmisibilidad un requerimiento contra decreto en que se impugnara un precepto legal vigente. Para dicha inconstitucionalidad, el Tribunal dio tres argumentos. En primer lugar, sostuvo que no le corresponde al Tribunal pronunciarse en esta instancia sobre el precepto legal que le sirve de fundamento. Se pronuncia sobre si el acto guarda o no conformidad con el ordenamiento constitucional. En segundo lugar, la Constitución establece un mandato para que conozca cualquiera sea el vicio que lo afecte. Finalmente, argumentó que una ley no puede limitar facultades del Tribunal Constitucional, más si hay el peligro que se incorporen al sistema de normas inconstitucionales”.¹⁸⁰

d. Recapitulación y conclusiones

¹⁷⁹ CARMONA, Santander, El art. 93 N° 16... Ob. Cit., Pp. 98-99.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

Terminada la exposición, resumamos brevemente los criterios en torno a los cuales Silva y Carmona plantean sus clasificaciones. El primero está convencido de que la ley cumple un papel fundamental en la determinación de la constitucionalidad de un decreto reglamentario de ejecución. El Tribunal Constitucional casi nunca puede dejar de examinar la ley al juzgar los actos administrativos, generando una suerte de dependencia entre los controles de legalidad y de constitucionalidad que en gran medida condiciona sus decisiones finales. La existencia de tal examen de legalidad, la forma en que sea conducido y el resultado que produzca son los elementos que Silva considera para elaborar cada una de sus categorías. Se trata de un criterio bastante técnico que, no tomando en cuenta las fechas o épocas de dictación de las sentencias, contrasta fuertemente con el de Carmona.

Este último propone una clasificación basada en la identificación de etapas en la jurisprudencia del Tribunal, respetando su cronología. Reconoce cuatro períodos al confrontar las distintas posturas que el Tribunal Constitucional ha adoptado en respuesta a una misma interrogante: ¿se puede enjuiciar implícitamente la ley al momento de controlar la constitucionalidad de los decretos supremos presidenciales, cuando emanan de la potestad reglamentaria de ejecución? O desde otra perspectiva, ¿siempre se puede contrastar directamente el acto impugnado con la Constitución en aquellos casos que exista una ley habilitante de por medio? La tesis de Carmona es que el Tribunal Constitucional ha tenido diferentes posturas al respecto, insistiendo en cada una de ellas por cierta cantidad de tiempo hasta llegar a configurar verdaderas etapas. Por eso la clasificación de este autor es, con más propiedad, un reconocimiento de diversas tendencias o vertientes jurisprudenciales más que una clasificación propiamente tal. Con todo, manifiesta un esfuerzo dogmático bastante notable, considerando la dificultad de encontrar estándares de enjuiciamiento comunes en una jurisprudencia tan cambiante como la de nuestro Tribunal Constitucional.

Una vez analizadas las diferencias en los criterios propuestos por ambos autores, nos queda destacar su gran similitud. Fundamentalmente, el hecho de que ambas clasificaciones se construyen a partir de la potestad reglamentaria de ejecución

del Ejecutivo y, con más precisión, a partir del problema de la Teoría de la Ley Pantalla que en dicha potestad se germina.

En efecto, mientras Silva distingue entre casos de aplicación mediata e inmediata de la Constitución, Carmona nos propone una clasificación basada en la posibilidad de contrastar directamente el acto reglamentario con la Constitución. Tanto en los supuestos de aplicación mediata de Silva como en todas las categorías de Carmona existe una ley habilitante de por medio. Así, ambas sistematizaciones tienen a la potestad reglamentaria de ejecución como punto de partida. A mayor abundamiento, las dos se refieren a la relación reglamento-Constitución y a la posibilidad de que dicha relación se vea mediatizada por una ley. Es más, muchas de las categorías que cada autor plantea, no obstante sus distintas denominaciones, darían cuenta de este punto en común: los casos de “aplicación directa o inmediata” de Silva se parecen bastante a los de la “primera etapa” que reconociera Carmona, en donde el Tribunal contrasta directamente y sin reparos el decreto supremo con la Constitución. Incluso se repiten varias de las sentencias que identificadas en ambas categorías, como “Subsidios para Viviendas”, “Plan Regulador” y “Acceso Playas”.

Por otra parte, el tema de la ley pantalla aparece en ambos trabajos. En Silva, una subcategoría de los casos de aplicación indirecta o mediata de la Constitución era la de sentencias que expresaban una “legalidad constitucional”. Se trataba de fallos en que la legalidad del acto lo resguardaba de algún reproche de constitucionalidad, supuesto idéntico al que plantea la Teoría de la Ley Pantalla. La segunda etapa que esbozaba Carmona, por su lado, se trataba de casos en donde se consideraba ilegítimo contrastar directamente el acto y la Constitución, con el fundamento de evitar declarar tácitamente inconstitucional una ley fundante. Nuevamente, la ley aparece blindando el acto reglamentario de toda impugnación de constitucionalidad. Ambas categorías expresan, por tanto, sentencias en donde el Tribunal Constitucional ha aceptado la Teoría de la Ley Pantalla. Y también aquí se repiten varias de las sentencias identificadas en dichas categorías, como por ejemplo “Cesiones gratuitas para urbanización”, “Modificaciones Presupuestarias” y “Protocolo con Bolivia”.

Consideremos además lo siguiente. Del mismo modo que los casos de “legalidad constitucional” de Silva y la “segunda etapa” de Carmona manifiestan escenarios en donde se ha acogido la tesis de la ley pantalla, los casos de “aplicación inmediata o directa” y la “primera etapa” expresarían situaciones en donde se ha rechazado. Así, la Teoría de la Ley Pantalla aparece de una u otra forma a lo largo de ambas clasificaciones: a veces en categorías donde se la acoge, otras en categorías donde se la rechaza.

Con estas comparaciones hemos pretendido enfatizar que los estudios de ambos autores, irreconciliables en una primera lectura, presentan un fundamento común. La metodología y las nomenclaturas pueden variar, pero el criterio de fondo es muy parecido.

CAPÍTULO IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS SUPREMOS EN EL DERECHO COMPARADO.

4.1. Consideraciones previas.

Al término del Capítulo primero señalamos que la radicación del control de constitucionalidad de los decretos supremos en manos del Tribunal Constitucional, es una alternativa poco estilada en los sistemas normativos de los diferentes países. Siguiendo a Alonso García, decíamos que “En el Derecho Comparado la regla general es entregar el conocimiento de estas materias a tribunales contencioso administrativos o bien radicarlo en la jurisdicción ordinaria. Fuera del caso chileno, sólo en Austria el control de los actos administrativos ha sido encomendado al Tribunal Constitucional. El Tribunal austríaco controla los Reglamentos (*Verordnungen*). Dicho término se emplea en el sentido más amplio posible: Reglamentos del gobierno federal y de los *Länder*, Ordenanzas, Circulares e instrucciones; se excluyen, de acuerdo con la doctrina más autorizada, los Reglamentos internos meramente administrativos (distintos de los Reglamentos administrativos). La sentencia puede anular parcial o totalmente el Reglamento; dicha sentencia debe ser publicada”.¹⁸¹

Si bien existen otros países (además de Austria y Chile) en que el control de constitucionalidad de los decretos queda a cargo de una jurisdicción constitucional especializada, la apreciación de Alonso nos parece bastante acertada. En Latinoamérica, por ejemplo, únicamente los Tribunales Constitucionales de Chile, Perú, Bolivia y Ecuador contemplan entre sus funciones, de forma más o menos amplia, un procedimiento para controlar actos administrativos. Otros países han optado por las jurisdicciones contencioso-administrativa u ordinaria, entregándole a éstas el control de regularidad de sus decretos no obstante contar con un órgano ad-hoc que concentra las cuestiones de constitucionalidad. Finalmente, hay sistemas en los que no ha

¹⁸¹ ALONSO García, Ob. Cit., Pp. 431-439.

quedado más opción que encomendar dicho control a la justicia ordinaria o contencioso-administrativa, al no contar con un Tribunal Constitucional.

El panorama que hemos descrito para Latinoamérica se repite en otras latitudes del mundo, de suerte que al abordar el estudio del derecho comparado, será conveniente hacer una clasificación previa de los sistemas que vamos a considerar. Distinguiremos, primero, entre aquellos países que cuentan con un Tribunal Constitucional y aquellos que no cuentan con uno. Respecto de los primeros, a su vez, vamos a subdistinguir entre aquellos cuyos Tribunales Constitucionales se encuentran premunidos con facultades para controlar los actos administrativos presidenciales, y aquellos que no.

El énfasis estará puesto, como es de esperar, en aquellos países cuyos Tribunales Constitucionales puedan controlar los actos del ejecutivo. Pero también nos haremos cargo de los sistemas en que el Tribunal Constitucional carezca de facultades para efectuar dicho control, además de aquellos casos en que no exista tal organismo. Adelantemos que en los dos últimos escenarios, el control de los decretos quedará a cargo –la mayor de las veces– de la justicia ordinaria y/o contencioso-administrativa, tal como nos anunciara Alonso García.

4.2. Sistemas normativos que contemplan un Tribunal Constitucional competente para controlar actos administrativos.

Los Tribunales Constitucionales capaces de apreciar con amplias facultades la constitucionalidad de los decretos presidenciales son, tal cual hemos venido diciendo, los menos. Sin embargo existen unos cuantos Tribunales autorizados para fiscalizar a lo menos alguna clase de actos administrativos gubernamentales, aunque sea de modo restringido. Entre los países cuyos Tribunales Constitucionales cuentan con amplias atribuciones para ejercer el control de los decretos presidenciales se encuentran Austria, Italia, y Bolivia. Por su parte, figurarían como más restringidas las competencias de los Tribunales de Francia, España, Ecuador y Guatemala. Analicémoslos uno a uno.

a. Austria

El control de constitucionalidad de los actos reglamentarios del Presidente tiene enorme cabida entre las competencias del Tribunal Constitucional austríaco. Pero esta competencia no es privativa, ya que el Tribunal opera en conjunto con el Alto Tribunal Administrativo que también conoce de cuestiones vinculadas a la constitucionalidad de los decretos (entre otras normativas reglamentarias). Así lo deja expresado Favoreu, para quien el Tribunal Constitucional austríaco es, sin más, “(...) un *Tribunal administrativo* en la medida que puede entender en lo contencioso de las actuaciones administrativas. Estas atribuciones pueden sorprender puesto que existe un Alto Tribunal administrativo asimismo competente para entender en los recursos contra las actuaciones administrativas. Teóricamente, sin embargo, sólo hay concurrencia en el primer caso, pues en el segundo el Tribunal constitucional no es competente más que para juzgar las lesiones sobre derechos *constitucionalmente* garantizados, mientras que el Alto Tribunal administrativo lo es para las lesiones de derechos *legalmente* garantizados. De hecho, incluso en este último caso hay concurrencia, pues los derechos lesionados pueden estar doblemente garantizados, de manera que en ocasiones habrá doble recurso”.¹⁸²

Se trata así de un régimen mixto, pues junto con el control radicado en el órgano ad-hoc (rasgo distintivo de los sistemas concentrados), coexisten los controles ejercidos por la justicia contencioso-administrativa y por los tribunales ordinarios (tal como ocurre en los regímenes difusos): “(...) el Tribunal constitucional no tiene la posibilidad de controlar el respeto de los derechos fundamentales por las jurisdicciones ordinarias, pues no hay recurso que permita deferirle un acto jurisdiccional por violación de los derechos fundamentales. A los propios tribunales, pues, y más allá, a los Tribunales supremos del orden judicial y del orden administrativo, compete velar por el respeto de la Constitución”.¹⁸³

¹⁸² FAVOREU, Ob. Cit., P. 50.

¹⁸³ *Ibíd.*, Pp. 60-61.

El control de los actos administrativos se despliega en abstracto y a priori, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia del acto, durante la tramitación del proyecto. Ello contrasta con el control a que están sujetas las leyes, que es al mismo tiempo a priori y a posteriori.¹⁸⁴ Los actos administrativos, en consecuencia, no quedan bajo la supervigilancia de mecanismos represivos de control.

En cuanto a la regulación del control abstracto sobre actos reglamentarios, el artículo 138 ap. 2 de la Constitución establece que el Tribunal constitucional decide, a requerimiento del Gobierno federal o de un gobierno de Land,¹⁸⁵ si un acto legislativo o administrativo es competencia de la Federación o de los Länder. “Esta atribución (...) se ejerce con respecto a proyectos de ley o de reglamento –o a otros actos administrativos– aún no votados por las asambleas o publicados por las autoridades administrativas. El fallo del Tribunal que ha intervenido en este procedimiento se publica en el *Boletín de leyes federales*, y tiene fuerza obligatoria con rango de ley constitucional”.¹⁸⁶

b. Francia

En el derecho francés la regulación es muy particular. El control de los actos administrativos gravita, en enorme medida, en torno a la Teoría de la Ley Pantalla. Recordemos que fueron la doctrina y jurisprudencia francesa las responsables de crear y desarrollar esta teoría, haciéndose cargo de un vacío legal que dejaba en total incertidumbre a aquellos decretos que, apegándose al texto de la ley que los autorizaba, se apartaban sin embargo de la Constitución.

La jurisprudencia –y junto con ella la glosa doctrinaria– concluyó que el Conseil d’État carecía de competencia para controlar la constitucionalidad de tales decretos, puesto que aquello suponía un control sobre sus leyes habilitantes, las que estaban

¹⁸⁴ *Ibíd.*, Pp. 52 y ss.

¹⁸⁵ Land es el nombre alemán que designa los estados federados que componen los países de Alemania y Austria.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, Pp. 51-52.

fuera de su ámbito de control. “La impugnación de una disposición reglamentaria dictada en aplicación de la ley tiende necesariamente a que el juez aprecie la constitucionalidad de la norma legal habilitante. Pero el *Conseil d’État* no puede controlar la constitucionalidad de la ley. En consecuencia, no puede controlar la constitucionalidad del acto, debiendo limitarse a constatar su legalidad”.¹⁸⁷

Ha sido una preocupación constante para muchos autores precisar el alcance y las implicancias de estas conclusiones. Ya nos hemos referido a tales razonamientos en el Capítulo IV, al cual nos remitimos. En esta oportunidad basta con citar nuevamente a Silva Irarrázaval, quien apunta como “(...) una premisa indiscutida en el Derecho francés que el control de constitucionalidad del reglamento legal implica necesariamente un control de constitucionalidad de la ley. Los esfuerzos de la doctrina apuntan a flexibilizar el control de legalidad introduciendo otros factores de enjuiciamiento. Pero en ningún caso se niega la incompetencia del juez para controlar la constitucionalidad de un reglamento que hace correcta aplicación de la ley”.¹⁸⁸

Por eso el *Conseil d’État* ejerce un control sobre actos administrativos que se basa más en un parámetro legal que constitucional. El verdadero control de constitucionalidad lo ejerce respecto de leyes ordinarias, leyes orgánicas, reglamentos de asamblea y tratados internacionales. Para ello la Constitución francesa ha previsto un procedimiento preventivo, que constituye la regla general; y otro represivo que es muy excepcional.¹⁸⁹

En definitiva, el control de los actos administrativos se encuentra limitado por la amplia acogida que se ha dado a la Teoría de la Ley Pantalla. Sólo se podrá efectuar un control íntegro de estos actos en la medida que se aparten del texto legal que los avala, ya que entonces la ley dejaría de actuar como pantalla. Pero incluso en estos casos el estándar observado será más legal que constitucional.

¹⁸⁷ SILVA, Ob. Cit., Pp. 295-296.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, P. 300.

¹⁸⁹ Véase FAVOREU, Ob. Cit., Pp. 106 y ss.

c. Italia

En Italia el control de constitucionalidad se clasifica en dos grandes parcelas: control preventivo y a posteriori.¹⁹⁰ Respecto al primero no hay mucho que nos interese, puesto que se ejerce respecto de leyes regionales que sobrepasan los límites de la competencia de la región, o que están en contradicción con los intereses nacionales o con los de otras regiones. Es decir que su objeto es legal y competencial, no administrativo.

En cuanto al control a posteriori, es necesario efectuar una nueva distinción: existe un control extendido por vía de acción y otro por vía de excepción. En ambos casos el control es abstracto. Pero nos interesa únicamente el segundo, puesto que el control ejercido por vía de acción pueden emprenderlo las regiones contra las leyes estatales, y sólo para hacer respetar las competencias de cada región. Es decir que nuevamente escapa al objeto de nuestro estudio.

El control a posteriori por vía de excepción, en cambio, sí cumple la función de revisar la constitucionalidad de ciertos actos administrativos. “Según el artículo 134 de la Constitución, pueden ser objeto de control «las leyes y los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones». (...) se asimilan a las leyes de Estado o de las regiones los actos del ejecutivo que se considera tienen fuerza de ley («decretos delegados», decretos ley, decretos de aplicación de los estatutos regionales especiales), pero no los reglamentos ordinarios y otras fuentes «secundarias» o «terciarias»”.¹⁹¹

Este control, que hemos catalogado de abstracto, tiene sin embargo un origen concreto e incidental: el autor de la impugnación es el juez a quo que conoce de un asunto, quien debe remitirlo al Tribunal Constitucional para su conocimiento. Aquí se evidencia el carácter mixto del sistema italiano, puesto que si bien se concentran las principales funciones del control de constitucionalidad en un órgano ad-hoc, a los tribunales ordinarios también les corresponde intervenir. Y no sólo a los tribunales

¹⁹⁰ *Ibíd.*, Pp. 90 y ss.

¹⁹¹ *Ibíd.*, Pp. 91-92.

ordinarios, sino que a toda autoridad que admita la calificación de “juez”. Así pues, “El Tribunal ha optado por una concepción muy amplia, que admite la remisión por toda autoridad integrada en la jerarquía jurisdiccional, incluso si el carácter jurisdiccional de sus funciones es dudoso, y por toda autoridad situada fuera del aparato jurisdiccional cuando su función es jurisdiccional. Esto da lugar a una gran variedad de autores de impugnaciones”.¹⁹²

El control de los actos administrativos tiene, por lo tanto, carácter represivo y se ejerce por vía de excepción. También es concreto en cuanto a la legitimación activa para reclamar, pero abstracto en cuanto al modo de resolver por el Tribunal. Su alcance es muy amplio, toda vez que la admisibilidad del reclamo debe ser publicada en el Diario Oficial para advertir a los demás jueces que pueden suspender la aplicación de aquellas normas que han resultado impugnadas.

En añadidura, los fallos de anulación tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que las disposiciones declaradas inconstitucionales dejarán de surtir efecto “desde el día siguiente de la publicación del fallo” (Artículo 136 de la Constitución). Los fallos de rechazo, en contraste, carecen del efecto de cosa juzgada, por lo que será posible volver a plantear la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

d. España

Tal y como indica la tendencia dominante en las legislaciones contemporáneas, el régimen de jurisdicción constitucional español es predominantemente mixto. No es de sorprender, pues, que el control de los decretos reglamentarios sea efectuado tanto en los tribunales ordinarios, como en el Tribunal Constitucional. Cuando se ejerce a instancia de la jurisdicción ordinaria, estamos ante una llamada “cuestión de inconstitucionalidad”. Por el contrario, cuando es el Tribunal Constitucional quien conoce del asunto, es que se ha interpuesto un “recurso de inconstitucionalidad”. Refirámonos brevemente a ambos.

¹⁹² *Ibíd.*, Pp. 92-93.

La cuestión de constitucionalidad tiene la finalidad de obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma, en función de un proceso ordinario en el que se ha cuestionado su aplicación. “En el ejercicio de esta función, los jueces y tribunales contencioso-administrativos verifican que las disposiciones impugnadas sean conforme a Derecho, es decir, a la Constitución y a las leyes. Si las normas controladas son contrarias a éstas, entonces son nulas de pleno derecho y el juez así debe declararlo”.¹⁹³ Luego, el tribunal contencioso-administrativo deberá, una vez constatada la irregularidad de la norma que se encuentra aplicando, remitir el conocimiento del asunto al Tribunal Constitucional.

En lo referente al recurso de inconstitucionalidad, éste tiene por objeto el amparo de los derechos y libertades fundamentales. La ponderación de la constitucionalidad de una norma reglamentaria surge así como una función indirecta del recurso, puesto que muchas veces “(...) la protección eficaz de los derechos vulnerados es inseparable de la ponderación de validez de la norma ofensora, que se confronta directamente con la Constitución. Cada vez que el agravio tenga su origen en una disposición reglamentaria, el órgano jurisdiccional requerido habrá de juzgar su constitucionalidad”.¹⁹⁴

Es más, el Tribunal Constitucional español no posee facultades para conocer directamente de la constitucionalidad de los actos reglamentarios. Dicha función compete exclusivamente a los tribunales ordinarios del orden contencioso-administrativo. Sólo cuando un acto administrativo llega a vulnerar un derecho fundamental protegido por el recurso de amparo constitucional, el Tribunal podrá juzgar sin tapujos la constitucionalidad del referido acto. Así el control de los actos administrativos se restringe enormemente, pues queda supeditado a la vulneración de derechos fundamentales para operar.

¹⁹³ SILVA, Ob. Cit., P. 276.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, P. 281.

Finalmente los efectos de la decisión del Tribunal Constitucional son, al igual que en el derecho italiano, bastante significativos. El fallo gozará de autoridad de cosa juzgada y será oponible erga omnes: “Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado* con los Votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos” (artículo 164.1 de la Constitución).

e. Bolivia

El control de los actos administrativos en Bolivia es, probablemente, uno de los más amplios que conozca la justicia constitucional contemporánea. El artículo 120 de su Constitución entrega al Tribunal Constitucional la atribución de conocer y resolver, en única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, decretos y “cualquier género de resoluciones no judiciales”. La amplitud de esta redacción abre el camino para que un gran número de normativas queden bajo la fiscalización del Tribunal. Quedarían sujetas, así, “(...) todo tipo de resoluciones no judiciales, además de las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camerales, prefecturales y municipales, éstas últimas de acuerdo con el artículo 120 N°3 de la Constitución. [También] (...) son objeto de control de constitucionalidad las resoluciones del Poder Ejecutivo o una de sus cámaras, cuando afecten uno o más derechos o garantías concretas, cualquiera sean las personas afectadas, de acuerdo con el artículo 120 N° 5 de la Constitución”.¹⁹⁵

El control es a la vez abstracto y concreto. Es abstracto cuando lo ejerce el Tribunal Constitucional, en conocimiento de la acción que pueden interponer el Presidente de la República, cualquier Senador o Diputado, el Fiscal General de la República o el Defensor del Pueblo. Y es concreto en aquellos procesos judiciales o

¹⁹⁵ Ver NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del sur. En *Revista Ius et Praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca N° 2 (2002). P. 82.

administrativos cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, decreto, o cualquier género de resolución no judicial aplicable a estos procedimientos. El recurso es promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa; ya sea de oficio o a instancia de parte.¹⁹⁶

En definitiva, el derecho boliviano ha establecido un régimen mixto de control de constitucionalidad, caracterizado por el vasto catálogo de actos reglamentarios que quedan bajo la custodia de los mecanismos de control descritos.

f. Ecuador

El derecho ecuatoriano contempla un control preventivo de diversas normas jurídicas, pero ninguna con naturaleza reglamentaria. En cambio, sí posee un mecanismo represivo o a posteriori que recae –entre otras cosas– sobre ciertos actos reglamentarios. Este control queda a cargo del Tribunal Constitucional, quien “(...) se pronuncia sobre la inconstitucionalidad total o parcial de leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas por vicio de forma o fondo, a solicitud del Presidente de la República; el Congreso Nacional; la Corte Suprema de Justicia; mil ciudadanos; o por cualquier persona, previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia; o por los concejos provinciales o municipales, en los casos expresamente previstos, todo ello de acuerdo al artículo 277 de la Constitución”.¹⁹⁷

Frente al control efectuado por el Tribunal Constitucional, de perfil abstracto y concentrado; existe otro procedimiento que se despliega ante la jurisdicción ordinaria, por lo que tiene un carácter concreto. En efecto, la Corte Suprema y los tribunales de última instancia pueden dictar sentencias de inaplicabilidad de las normas, las que igualmente deben ser corroboradas por el Tribunal Constitucional. Así lo expresa Nogueira: “(...) existe también un control del Tribunal Constitucional sobre las sentencias de inaplicación dictadas por la Corte Suprema y tribunales de última instancia judicial, las cuales se remiten al Tribunal Constitucional para que éste

¹⁹⁶ *Ibíd.*, Pp. 83 y ss.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, P. 81.

determine la inconstitucionalidad e inaplicación general y obligatoria de la norma jurídica considerada inconstitucional, aun cuando dicha decisión del Tribunal Constitucional no afecta lo resuelto en ese caso concreto por el tribunal ordinario de justicia, todo ello de acuerdo al artículo 12 N° 6 de la Ley de Control de Constitucionalidad de 1997”.¹⁹⁸

En conclusión, nuevamente nos encontramos ante un control de constitucionalidad mixto de los actos administrativos. Pero es el Tribunal Constitucional el que concentra las mayores atribuciones al respecto, pues el control que realizan los jueces ordinarios requiere –igualmente– de posterior validación por el Tribunal. Así, el régimen tendería más hacia la concentración de las funciones en un órgano ad-hoc, que a la dispersión de dichas facultades en la justicia ordinaria.

g. Guatemala

El control de los actos administrativos en Guatemala se ejerce, paralelamente, mediante un procedimiento concreto y uno abstracto. En cuanto al primero, “(...) la Constitución Política de la República, emitida en 1985, adoptó un modelo en el que se habilitó a los tribunales de justicia de la jurisdicción ordinaria para que resolvieran los conflictos existentes entre la Constitución y el resto de normas, debiendo velar por garantizar la supremacía de esta última y, consecuentemente, con facultades para inaplicar los preceptos normativos que devengan contrarios o incompatibles con sus disposiciones”.¹⁹⁹

Los jueces ordinarios pueden ejercer esta facultad de oficio o a instancia de parte (artículo 204), y su decisión tendrá efectos relativos. Pero si es alguna de las partes la que ha promovido la cuestión de inconstitucionalidad, entonces la resolución del tribunal será apelable ante la Corte de Constitucionalidad, quien decidirá en última instancia acerca de la constitucionalidad de la norma. En ese caso el alcance del fallo

¹⁹⁸ *Ibíd.*, P. 83.

¹⁹⁹ CORDÓN Aguilar, Julio César. *El Tribunal Constitucional de Guatemala*. Guatemala, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, 2009. P. 95.

será erga omnes. Por lo tanto, “(...) la Corte monopoliza la función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y demás disposiciones de carácter general con efectos también generales, es decir, *erga omnes*. (Artículo 267)”.²⁰⁰

En cuanto al control abstracto, éste se radica en la Corte de Constitucionalidad y se ejerce por dos vías. A la primera ya nos hemos referido: la Corte conoce en apelación las decisiones de inaplicabilidad que han dictado los jueces ordinarios, cuando la cuestión ha sido promovida por alguna de las partes.

La segunda vía se ejerce a través de una acción de inconstitucionalidad, que se interpone directamente ante la Corte de Constitucionalidad: “Asimismo, la Corte ejerce un control a posteriori en concordancia con los artículos 272, incisos a) y d), de la Constitución y 163 de la LAEPyC, siendo competente para: a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad...”.²⁰¹

Así estamos en presencia de un régimen mixto, que prevé la acción conjunta de las jurisdicciones constitucional y ordinaria para el control de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general. Con todo, el control puede tender hacia un régimen concentrado, pues las facultades que ejerce la Corte ostentan mayor preponderancia, tal como ocurría en Ecuador.

4.3. Sistemas normativos que contemplan un Tribunal Constitucional sin competencia para controlar actos administrativos.

Tal y como se adelantó, ciertos países han optado por la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa para que ejerzan el control de constitucionalidad de los actos administrativos. Ello a pesar de contar con un Tribunal Constitucional que concentra las demás cuestiones relativas a la constitucionalidad de las normas. Aquí

²⁰⁰ *Ibíd.*, P. 98.

²⁰¹ *Ibíd.*, Pp. 110-111.

analizaremos los sistemas de tres países que han optado por esta vía: Alemania, Colombia y Perú.

a. Alemania

El control que ejerce el Tribunal Constitucional alemán sólo dice relación con normativas estrictamente legales. Para ello existe un mecanismo concreto y otro abstracto. El primero puede ejercerlo el gobierno de un Land o un tercio de los miembros del Bundestag²⁰² en contra de una ley federal. En cuanto al mecanismo concreto, funciona a través de la remisión de casos por los tribunales ordinarios. El artículo 100 de la Constitución establece cuatro casos de remisión, aunque sólo uno concerniente a leyes federales. Sin embargo, la cuestión de inconstitucionalidad de la ley puede plantearse ante cualquier tribunal, como en Italia, y éste podrá decidir acerca de la remisión con independencia a las conclusiones de las partes. Así se amplía un poco el alcance de este mecanismo.²⁰³

Además de la remisión de casos al Tribunal Constitucional por los tribunales ordinarios, se ha previsto un recurso constitucional, también de tipo concreto, que se gesta a instancia de los individuos: “Si la lesión a los derechos del demandante proviene directamente de la ley, el recurso puede elevarse al Tribunal constitucional sin otra obligación que respetar el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la ley. Si la lesión a los derechos del demandante se revela en el momento de la aplicación de la ley por el administrador o por el juez, el recurso debe interponerse en el plazo de un mes a contar desde la publicación del fallo o de su notificación al demandante. Pero ese recurso no será admitido más que si se han agotado previamente las vías legales...”²⁰⁴

²⁰² Bundestag corresponde al órgano federal supremo legislativo de la República Federal de [Alemania](#).

²⁰³ Véase FAVOREU, Ob. Cit., Pp. 72 y ss.

²⁰⁴ *Ibíd.*, P. 75.

En lo referente a las consecuencias de la decisión adoptada por el Tribunal, la declaración de inconstitucionalidad de la ley tendrá efecto retroactivo: “El Tribunal puede pronunciar la anulación de la ley; pero esta anulación tendrá efecto retroactivo. Las consecuencias pueden ser graves, pues se trata de un control a posteriori que se ejerce sobre leyes en vigor, a veces desde hace muchos años y que han dado nacimiento a una multitud de actos secundarios. Por eso ya la ley sobre el Tribunal corrige este efecto retroactivo disponiendo que, con excepción de los juicios en materia penal que puedan dar lugar a una reapertura del procedimiento, «los fallos fundados en una norma declarada nula... pero que ya no pueden ser objeto de impugnación, subsisten...» (art. 79)”.²⁰⁵

b. Colombia

El régimen de control de constitucionalidad es mixto sin lugar a dudas. Contempla un procedimiento en abstracto (a cargo de la Corte Constitucional), y uno concreto (radicado en los tribunales ordinarios de justicia). A su vez, el control abstracto se puede ejercer preventivamente o a posteriori. Respecto al control preventivo, “(...) el artículo 241 N° 8 de la Constitución, entrega a la Corte Constitucional la decisión definitiva sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. El artículo 35 del Decreto 2067 de 1991 precisa que la sentencia que declara constitucional el proyecto objetado, surte efecto de cosa juzgada y obliga al Presidente de la República a sancionarlo. El control sobre proyectos de leyes estatutarias es de naturaleza preventivo y obligatorio, mientras que el de proyectos de ley ordinario es preventivo y facultativo”.²⁰⁶

En lo que se refiere al control abstracto a posteriori, “(...) el artículo 241 N° 4 y 5 de la Constitución, atribuye la competencia a la Corte Constitucional del control

²⁰⁵ *Ibíd.*, P. 77.

²⁰⁶ NOGUEIRA, Ob. Cit., P. 77.

represivo o correctivo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentan los ciudadanos contra las leyes y decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, tanto por vicio de fondo o forma. La sentencia tiene efectos generales o erga omnes en su parte resolutive”.²⁰⁷

Es decir que el control abstracto de las leyes, como es de esperar, queda radicado de modo exclusivo en la Corte Constitucional. En cambio el mecanismo concreto (y represivo, por cierto), procede ante los tribunales ordinarios de justicia. Se ejerce a través de recursos e incidentes de inconstitucionalidad, entablados por las partes en contra de las normativas vigentes que pretenden ser aplicadas en el mismo juicio, antes de su resolución definitiva.

c. Perú

Perú también ha optado por un régimen eminentemente mixto: “(...) el control concentrado de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional se combina con un control difuso de constitucionalidad ejercido por los tribunales ordinarios, donde cualquier juez, incluso de oficio, en todo proceso puede inaplicar una norma que estime incompatible con la Constitución”.²⁰⁸

El control concentrado se ejerce a través de una acción de inconstitucionalidad, que se interpone ante el Tribunal Constitucional. Para ello están legitimados el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, veinticinco por ciento al menos del número legal de congresistas y cinco mil ciudadanos, entre otros (artículo 25 de la Ley N° 26.435, Orgánica del Tribunal Constitucional). Pero esta acción sólo puede recaer sobre normas de rango legal, como leyes ordinarias, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

²⁰⁷ *Ibíd.*, P. 80.

²⁰⁸ *Ibíd.*, P. 81.

El mecanismo difuso, en el otro extremo, sí procede en contra de ciertos actos reglamentarios. “El proceso de acción popular, según precisa el Art. 76°, procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general cualquiera sea la autoridad pública de que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma que la Constitución o la ley señalan. [En cuanto a la legitimación para recurrir,] La demanda puede ser interpuesta por cualquier persona (Art. 84°), ante la Sala de la Corte Superior de Lima que corresponde según la materia, cuando se trata de normas de alcance nacional; si la norma tiene carácter regional o local, será competente la Sala de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial donde se ubica el órgano emisor (Art. 85°)”.²⁰⁹

En suma, el control de los actos administrativos sólo tiene cabida en la jurisdicción ordinaria y mediante acción popular, ya que la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional no abarca este tipo de actos.

Por último, cabe destacar el formidable alcance que tiene la sentencia favorable en el procedimiento de acción popular, la que además de ser oponible erga omnes, puede retrotraer sus efectos. Así lo subraya Eguiguren: “La sentencia del proceso de acción popular que declara fundada la demanda, no solo tiene efectos generales y derogatorios de la norma inconstitucional o ilegal sino que también puede establecer su nulidad con efectos retroactivos. En tal supuesto, la sentencia determinará sus efectos en el tiempo (Art. 81°, tercer párrafo). Esta es una diferencia sustancial respecto a las sentencias fundadas en los procesos de inconstitucionalidad, que no tienen efecto retroactivo por disposición expresa del Art. 204°, segundo párrafo de la Constitución”.²¹⁰

4.4. Sistemas normativos que no cuentan con un Tribunal Constitucional.

²⁰⁹ EGUIGUREN Praeli, Francisco José. El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. En Revista Corpus Iuris Regionis, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat N° 6 (2006). Pp. 475-476.

²¹⁰ *Ibíd.*, p. 476.

Finalmente, existen algunos países que simplemente no cuentan con un Tribunal Constitucional capaz de concentrar las cuestiones de constitucionalidad de las normas. Estas atribuciones terminan radicándose en la justicia ordinaria, configurando un sistema muy cercano al modelo norteamericano de jurisdicción constitucional difusa. Los países que se han resistido a la incorporación de un órgano jurisdiccional ad-hoc son Argentina, Costa Rica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

a. Argentina

El control de constitucionalidad de las normas no está consagrado a través de disposiciones expresas en el texto de la Constitución. Pero ello no quiere decir que no existan justicia constitucional o controles jurisdiccionales que aseguren la supremacía de la Constitución. Éstos emanan de diferentes disposiciones legales y de la abundante jurisprudencia del más alto tribunal argentino.

En aquel sentido Germán Bidart Campos: “La jurisdicción constitucional en su real dimensión tal como la muestra el derecho constitucional material no cuenta con normativa expresa en la Constitución formal. Únicamente hace pie en la cláusula que, dentro de las competencias del poder judicial federal del artículo 100, prescribe que entre las causas de conocimiento y decisión de sus tribunales se hallan las que versan sobre puntos regidos por la Constitución. De ahí en más, han sido las leyes reglamentarias, y la nutrida jurisprudencia de la Corte, las que han diseñado prolijamente nuestro sistema de control constitucional. En la medida en que éste indudablemente existe, damos por verdad que en Argentina hay jurisdicción constitucional, pese a no existir un sistema concentrado en un órgano único y específico”.²¹¹

No contando con un Tribunal Constitucional, el control de las normas queda a cargo de todos y cada uno de los tribunales ordinarios de la nación, sean federales o

²¹¹ BIDART Campos, Germán. El sistema constitucional argentino. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992. P. 84.

provinciales. Se configura así un sistema difuso que recoge la tradición norteamericana, tal y como lo reconoce el mismo autor: “(...) hemos tomado inspiración en el modelo norteamericano de jurisdicción difusa. Todos los tribunales, tanto del poder judicial federal como del poder judicial de cada provincia, están habilitados para ejercer el control constitucional en las causas judiciales de sus respectivas competencias. La Corte Suprema federal es el último órgano judicial al que se puede arribar cuando en una de aquellas causas anida una cuestión constitucional federal”.²¹²

El control se puede ejercer sólo por vía de excepción, aunque desde 1983 a la fecha la Corte Suprema ha flexibilizado los mecanismos lo suficiente como para admitir una acción de inconstitucionalidad. Así lo observa Kovalenko: “No obstante haber expresado la Corte Nacional en numerosos fallos que el control se ejerce por vía de excepción, en virtud de lo dispuesto por el artículo segundo de la Ley n° 27 que prescribe que los tribunales federales solo ejercen jurisdicción en los ‘casos contenciosos’; con el devenir del tiempo, dicho criterio ha sido ampliado. De esta manera, la Corte ha ido elastizando el concepto de ‘caso contencioso’, incluido en el artículo mencionado, admitiendo el control de constitucionalidad a través de acciones”.²¹³

En lo referente a los efectos del juicio de constitucionalidad que recae sobre las normativas impugnadas, éstos se circunscriben, como es propio de los regímenes de jurisdicción difusa, al caso concreto y sus partes. “No obstante (...) muchas veces, por la ejemplaridad que revisten las sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los efectos se proyectan más allá del caso concreto, «...no produciéndose la derogación de las normas declaradas inconstitucionales, pero

²¹² *Ibíd.*

²¹³ KOVALENKO, María Ximena. El control de constitucionalidad, sus efectos y excepciones en el sistema argentino. En revista *Corpus Juris Regionis*, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat N° 6 (2006). P 423.

logrando reiteración del precedente en la jurisprudencia de la propia Corte y de los demás tribunales».²¹⁴

Existirían así algunas excepciones al efecto inter partes de la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas. Entre ellas se encontraría justamente el control de los actos administrativos del ejecutivo. Según expresa la misma autora que hemos venido citando, en la doctrina administrativista prevalece una “(...) opinión favorable al reconocimiento de efectos ‘extra-partes’ a las sentencias que invalidan reglamentos ilegales”.²¹⁵

b. Costa Rica

Al carecer de una jurisdicción constitucional especializada, la Constitución costarricense encomienda el control de las normas a una sala especializada, accesoria al Poder Judicial. “El artículo 1 de la citada ley [Ley de la Jurisdicción Constitucional] dispone que «la presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho internacional y comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica». La jurisdicción está a cargo de una Sala Constitucional especializada, dependiente del Poder Judicial, integrada por siete Magistrados nombrados por la Asamblea Legislativa por períodos de ocho años y pudiendo ser reelectos indefinidamente”.²¹⁶

El control se puede ejercer a través de tres procedimientos: la acción de inconstitucionalidad, las consultas de constitucionalidad y el veto presidencial por

²¹⁴ *Ibíd.*, P. 425.

²¹⁵ Véase *Ibíd.*, Pp. 432-433.

²¹⁶ HERNÁNDEZ Valle, Rubén. El sistema constitucional costarricense. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid, Dykinson, 1992. Pp. 234-235.

razones de constitucionalidad. En cuanto a la acción de inconstitucionalidad, que es la que más nos interesa, se puede interponer contra “(...) leyes de reforma constitucional en cuanto al procedimiento de formación; el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa; las leyes; los actos con valor de ley, los reglamentos, decretos, acuerdos y resoluciones de todos los entes y órganos estatales; los actos legislativos y las disposiciones generales emanadas de sujetos privados”.²¹⁷

Es decir que la constitucionalidad de los actos reglamentarios es revisada a través de esta acción. En cuanto a la forma procesal de ejercer la acción, el ordenamiento costarricense establece tres modalidades: “por vía incidental, tanto en sede administrativa como jurisdiccional; por medio de una acción popular, cuando no haya lesión directa de derechos o intereses por personas que representen a grupos difusos o a toda la comunidad y por vía de acción, a través de la Contraloría General de la República, el Defensor de los Habitantes y el Procurador General de la República”.²¹⁸

En suma, el ordenamiento de Costa Rica ha previsto un sistema muy particular. Al tiempo que entrega el conocimiento de la acción de constitucionalidad a una Sala Especializada dependiente de la rama judicial, el conducto procesal para incoar dicha acción se puede situar en sede ordinaria; es decir, ante la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa. Además existe el camino de la acción popular y la acción de Contraloría u otros organismos puestos al servicio del pueblo. Se trata, pues, de un régimen difuso que dispone diversos mecanismos de control, y que opera a través de la remisión de casos a esta Sala Especializada tal como si se tratara de un Tribunal Constitucional. Pero no debe confundirnos tal circunstancia, puesto que la referida Sala depende íntegramente del Poder Judicial. No goza por tanto de la autonomía que exige un organismo ad-hoc.

c. Nicaragua

²¹⁷ *Ibíd.*, P. 237.

²¹⁸ *Ibíd.*, P. 238.

Con el propósito de asegurar la constitucionalidad de las normas, la Constitución nicaragüense ha previsto los recursos de Inconstitucionalidad, de Amparo y de Exhibición personal. El artículo 187 de la Ley Fundamental reglamenta el primero en los siguientes términos: “Se establece el Recurso de Inconstitucionalidad contra toda ley, decreto o reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser impetrado por cualquier ciudadano”. El artículo 164, por su parte, señala la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de este recurso de inconstitucionalidad: “(Corresponde a la Corte Suprema de Justicia) conocer y resolver los recursos de inconstitucionalidad de la ley, interpuestos de conformidad con la Constitución y la ley de Amparo”.

Es decir que el control de constitucionalidad de los decretos se ejerce a través de un recurso de inconstitucionalidad, del cual conoce la Corte Suprema del país. En cuanto al mecanismo procesal para deducir el recurso, el artículo 64 citado se remite a la Ley de Amparo, lo que se traduce en una amplísima legitimación activa para recurrir. Aplicando las disposiciones de dicha Ley, podrá deducir el recurso de inconstitucionalidad “cualquier ciudadano”, aunque no tenga un proceso pendiente o un interés propio.

La verosimilitud de tan vasta legitimación para recurrir ha sido duramente cuestionada en la doctrina nicaragüense. Así el profesor Antillón, para quien “(...) desde el punto de vista organizativo y financiero es difícil imaginar la instalación de un mecanismo que permita a cualquier ciudadano poner a la Corte Suprema de Justicia (que, además, tiene muchas otras cosas de qué ocuparse) a realizar un examen, generalmente difícil y minucioso, sobre la contradictoriedad o no entre una norma legal y otra constitucional. De manera que no se sabe cómo hará el legislador ordinario (a quien la propia Constitución, en su artículo 190 deja encargo de «regular» el recurso que comentamos) para resolver las enormes dificultades ya señaladas y garantizar a la comunidad nicaragüense un ordenado control sobre la legitimidad constitucional de las leyes. Por lo demás, obsérvese que no hay una correspondencia plena entre los

contenidos de los artículos 187 (que habla del recurso «contra toda ley, decreto o reglamento») y 164, inciso 4 (que sólo se refiere a «inconstitucionalidad de la ley»²¹⁹).

No nos corresponde a nosotros juzgar el mérito de estas reflexiones. Basta constatar que, al menos desde un punto de vista formal, la Constitución de Nicaragua consagra un sistema difuso, ejercido a través de diversos órganos y procedimientos, pero donde la Corte Suprema de Justicia concentra gran parte de las atribuciones referentes a la constitucionalidad de las normas, sobre todo a través del recurso de inconstitucionalidad.

d. Panamá

El control de constitucionalidad se puede ejercer por medio de una acción y una excepción, ambas centralizadas en la Corte Suprema de Justicia. Es preciso que medie alguna de ellas, o bien una consulta oficial de un funcionario encargado de impartir justicia. Es decir que la Corte no puede obrar de oficio en estas materias: “La acción puede interponerla cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, tenga o no interés personal directo en el acto que impugna. La acción de nulidad es, pues, *pública*. La excepción puede invocarla cualquier persona afectada por un acto jurídico o por una norma jurídica que estime inconstitucionales”²²⁰.

Además existe la llamada consulta de inconstitucionalidad. Conforme al artículo 203 de la Constitución de Panamá, “cuando en un proceso el funcionario encargado de impartir justicia advierte o se lo advierte alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte...”. Por tanto deberá remitir el conocimiento del

²¹⁹ ANTILLON Montealegre, Walter. El sistema constitucional nicaragüense. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992. Pp. 633-634.

²²⁰ QUINTERO, César. El sistema constitucional panameño. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992. P. 660.

asunto a la Corte Suprema que, como ya vamos advirtiendo, concentra la mayoría de las facultades en la materia, tal como sucediera en Nicaragua.

Entre las normativas que pueden resultar impugnadas a través de estos mecanismos, se encuentran “todas las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos por razones de fondo o de forma. La expresión «demás actos» debe entenderse, y se ha entendido, como actos generales o individuales dictados por cualquier autoridad pública, unipersonal o colegiada, de cualquiera de las ramas u órganos gubernamentales. Por tanto, los actos jurisdiccionales *finales*, salvo los de la propia Corte Suprema, también pueden ser objeto de demanda de inconstitucionalidad. Sólo están excluidos de la jurisdicción constitucional, ya sea por precepto de la propia Constitución o por jurisprudencia de la Corte Suprema: las decisiones de la propia Corte o de sus Salas; las resoluciones jurisdiccionales dictadas dentro de un proceso; los contratos *civiles* del Estado y los contratos u otros actos celebrados entre particulares”.²²¹

En consecuencia, son objeto del control de constitucionalidad un sinnúmero de normas de toda índole, entre las cuales figuran los actos administrativos. En lo demás, el sistema aparece como muy cercano al nicaragüense: se consagra un control difuso pero que da preponderancia a las competencias de la Corte Suprema de Justicia. La principal diferencia entre ambos regímenes estriba en el alcance que tiene la declaratoria de inaplicabilidad, la que sí genera efectos erga omnes en Panamá.

e. Uruguay

El control de constitucionalidad de las normas recae nuevamente en la Suprema Corte de Justicia, que puede conocer de dichos asuntos por vía de acción directa, de excepción y de oficio. En lo concerniente a la acción, puede promoverla “todo aquél que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo” (art. 258, inc. 1º de la Constitución). Es decir que no se trata de una acción popular.

²²¹ *Ibíd.*

En cuanto a la solicitud por vía de excepción, “(...) puede ser realizada por quien cuente con la legitimación antes referida, en cualquier procedimiento judicial (art. 258, inc. 1.º, ord. 2.º). Promovida la solicitud, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia (art. 258, inc. 3.º)”.²²²

Finalmente, conforme al inciso segundo del artículo 258, la solicitud de oficio puede ser formulada por el Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial, o por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo –según sea el caso–, antes de dictar resolución. Al igual que la solicitud por vía de excepción, la solicitud de oficio por el tribunal también suspende el procedimiento (inciso tercero).

En cuanto a los efectos de la decisión de la Suprema Corte, Esteva precisa que éstos se referirán “(...) exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado (art. 259). En suma, cualquiera haya sido la vía empleada para la solicitud, la declaración de inconstitucionalidad sólo determina la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas para el caso concreto (el acto legislativo permanece vigente y la sentencia carece de efectos *erga omnes*)”.²²³

f. Paraguay

El eje del sistema es el artículo 11 de la Constitución, que dispone: “los principios, garantías, derechos y obligaciones consagrados en esta Constitución, no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Toda ley, decreto, reglamento u otro acto de autoridad que se oponga a lo que ella dispone, es nulo y de ningún valor”.

El control de constitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, queda entregado a la Corte Suprema de Justicia, que conoce los casos sobre inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la

²²² ESTEVA Gallicchio, Eduardo G. El sistema constitucional uruguayo. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992. P. 762.

²²³ *Ibíd.*

Constitución. En lo tocante al procedimiento, éste “podrá iniciarse por acción ante la Corte y por excepción en cualquier instancia y se elevará los antecedentes a ella misma. El incidente no suspenderá el juicio que proseguirá hasta el estado de sentencia (art. 200)”.²²⁴ Finalmente, la decisión de la Corte afecta sólo a las partes en proceso, por lo que no se ve afectada la continuidad de la norma inconstitucional.

En definitiva, el régimen de control paraguayo obedece, lo mismo que el uruguayo, al modelo de jurisdicción difusa: todos los tribunales del país están autorizados para verificar la regularidad constitucional de las normas que aplican, para lo cual deberán remitir los antecedentes a la Corte Suprema de Justicia. Ésta además puede conocer en forma directa por vía de una acción de inconstitucionalidad, por lo que en ambos casos la Corte tendrá la opinión final en el asunto.

g. Venezuela

“En Venezuela se ha establecido un sistema mixto de control de la constitucionalidad de las leyes que mezcla un sistema de control difuso con un sistema de control concentrado atribuido, este último, a la Corte Suprema de Justicia”.²²⁵

El carácter difuso del sistema se despliega a través de dos mecanismos: el control de la justicia ordinaria y el amparo contra las leyes. El primero opera en virtud del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil venezolano, según el cual “todos los tribunales” de la República que deciden en un caso concreto sometido a su juicio, pueden declarar la inaplicabilidad de las leyes y otros actos normativos, cuando consideren que éstos violan la Constitución. En cuanto a la acción de amparo constitucional contra las leyes, el artículo 30 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, establece que ésta procede cuando la

²²⁴ PRIETO, Justo José. El sistema constitucional paraguayo. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid, Dykinson, 1992. P. 688.

²²⁵ BREWER-CARIAS, Allan R. El sistema constitucional venezolano. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid, Dykinson, 1992. P. 805.

violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales provenga de una norma que esté en contradicción con la Constitución. Se puede intentar ante cualquier tribunal lo mismo que el mecanismo anterior, y ambos producen efecto sólo respecto de las partes.

Los controles de tipo concentrado reposan, como ya se adelantó, en la Corte Suprema de Justicia. A ella compete declarar la inconstitucionalidad de los actos normativos de Estado, tales como leyes del Congreso, decretos-leyes, actos parlamentarios sin forma de Ley de carácter normativo, reglamentos ejecutivos, leyes de las Asambleas Legislativas, u Ordenanzas Municipales cuando sean violatorios de la Constitución (artículo 215). Dicho control es ejercido cada vez que sea “(...) requerida la decisión de la Corte mediante una *acción popular*, es decir, que puede ser ejercida en cualquier tiempo (sin lapso de caducidad alguno) por cualquier habitante de la República (sin requisitos de legitimación de ningún tipo)”.²²⁶ En estos casos, la decisión de la Corte producirá efectos erga omnes.

Es decir que el control de los reglamentos del ejecutivo se ejerce, principalmente, a través del control que concentra la Corte Suprema de Justicia. No contando con un órgano ad-hoc, la labor de la Corte predomina en el control de constitucionalidad de los actos administrativos. El control difuso de los jueces ordinarios también puede aportar al control de los decretos, pero en general dice mayor relación con las leyes.

4.5. Consideraciones finales.

Varias conclusiones podemos desprender de lo analizado en este Capítulo. En primer lugar, hemos comprobado cómo la tendencia en los sistemas normativos modernos es hacia los modelos mixtos de jurisdicción constitucional. Realmente todos los países expuestos que cuentan con un Tribunal Constitucional, cuentan además con un sistema de control semejante pero radicado en la justicia ordinaria y/o contencioso-administrativa.

²²⁶ *Ibíd.*, Pp. 807-808.

En segundo término, al analizar los países cuyos Tribunales Constitucionales cuentan con atribuciones suficientes para revisar la constitucionalidad de los actos administrativos, corroboramos la enorme singularidad de esta alternativa. Tan solo los sistemas constitucionales de Austria, Italia, y Bolivia otorgan, al igual que Chile, amplias atribuciones a sus Tribunales en materia de control de actos administrativos. Por su parte, los Tribunales Constitucionales de países como Francia, España y Ecuador también pueden controlar este tipo de actos, pero de modo más limitado. En Francia, por ejemplo, vimos cómo el desarrollo de la Teoría de la Ley Pantalla ha restringido las facultades del Conseil d'État, mientras que en España el control de los decretos está condicionado al amparo constitucional de los derechos fundamentales.

La alternativa menos estilada es la de aquellos sistemas que, incluso contemplando un Tribunal Constitucional, no le confieren atribuciones de control respecto de actos reglamentarios. Alemania, Colombia y Perú son países que siguieron esta senda, entregándole a la justicia ordinaria el control de constitucionalidad de los actos reglamentarios.

Del mismo modo, los países que no tienen Tribunal Constitucional pueden encomendar a los tribunales ordinarios y contencioso-administrativos la revisión de los actos jurídicos administrativos. Argentina consagra, quizás, el modelo más difuso de todos, entregando a cada uno de los tribunales de la nación el control de constitucionalidad de sus normas. Con todo, la mayoría de los países que carecen de Tribunal Constitucional han concentrado en sus Cortes Supremas el control de los decretos, sin perjuicio de encomendarlo en forma simultánea a tribunales de inferior jerarquía. Es el caso de países como Nicaragua, Panamá, Uruguay, Paraguay y Venezuela, en donde el más alto tribunal reúne las facultades más preponderantes en materia de control de constitucionalidad.

CAPITULO V. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5.1. Consideraciones previas.

En este capítulo se realizará un análisis pormenorizado respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional referentes a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, y el criterio utilizado para resolver las materias sometidas a su conocimiento, así como también una breve explicación de la decisión del Tribunal en cada caso, y un análisis del voto de minoría, si lo hubiera.

A diferencia del capítulo III, en que se abordaron las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en materia de Potestad Reglamentaria del Presidente de la República acorde a las diversas clasificaciones realizadas por autores nacionales dedicados al tema (Carmona y Silva Irarrázaval), en este apartado analizaremos dichas sentencias utilizando un criterio temporal. Es decir, para efectos de ilustrar lo señalado a lo largo de este trabajo, se ha decidido enfocar las decisiones del Tribunal Constitucional de manera cronológica.

Es por lo explicitado anteriormente, que se hará un recorrido por aquellas sentencias dictadas poco después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, que se refirieron al tema que nos convoca, los criterios, doctrinas y decisiones que aplicó el Tribunal Constitucional, así como también la evolución de los tópicos asociados a la potestad reglamentaria presidencial, para continuar con la importante reforma que se llevó a cabo el año 2005 y cómo ésta impactó en las sucesivas resoluciones y posiciones que adoptó el Tribunal, para finalizar refiriéndonos a la sentencia denominada “Transantiago II”.

Por otro lado, en el análisis de esta jurisprudencia se utilizará un criterio eminentemente jurídico, contrastando conclusiones y razonamientos con lo señalado por la Constitución y las normas ligadas a cada caso, lo cual no implica entender que cada requerimiento puesto a disposición del tribunal se encuentre inserto en un

contexto más amplio en donde confluyan otro tipo de razonamientos, como los intereses políticos a los cuales nos refiriéramos en el capítulo III de este trabajo.

5.2. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Período 1990-2008.

- Rol 116-1990 “Viviendas Progresivas”

Materia tratada: Competencia del Tribunal Constitucional.

Este es sin duda una las sentencias más relevantes en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, puesto que se trató del primer requerimiento que fue puesto en su conocimiento desde la dictación de la Constitución de 1980, el cual le daría la posibilidad de establecer algunos criterios que asentarían una doctrina firme para los requerimiento futuros.

Es así como al Tribunal se le presenta la posibilidad de interpretar el artículo 82 N° 5 de la Constitución en relación a si es o no competente en razón del tenor literal de la norma, puesto que uno de los argumentos que se esgrimió por parte del Presidente de la República para rechazar el requerimiento fue que:

*“El artículo 82 N° 5, de la Constitución, ha sido, entonces, mal invocado por lo reclamantes. Tal artículo trata de **inconstitucionalidad de forma** cometidas por el Presidente de la República y no subsanadas o subsanables por la Contraloría General de la República. Como conclusión, señala la contestación, que el Presidente de la República no ha dictado decreto inconstitucional alguno por lo que la pretensión de los reclamantes carece de causa de pedir y la invocación del artículo 82, N° 5, ha sido errónea”.*

Esta alegación se basaba básicamente en la presunción de legalidad que generaría el hecho de la toma de razón por la Contraloría General de la República, conforme a los artículos 87 y 88 de la Constitución, y que al Tribunal no se le han otorgado atribuciones generales y amplias para conocer de toda clase de conflictos jurídicos constitucionales, tal como lo hacen otros Tribunales Constitucionales en el derecho comparado. Además, se señala que el artículo 82 N° 5 reconoce

exclusivamente al Tribunal la facultad de resolver sobre presuntos vicios de forma que puedan afectar al decreto respectivo.²²⁷

Ante esta alegación, el Tribunal Constitucional debió hacerse cargo como cuestión previa a entrar al fondo del asunto, puesto que su decisión marcaría un precedente frente a otros requerimientos fundados en el artículo 82 N° 5 de la Constitución. En primer lugar dilucidó el rol de la Contraloría como ente controlador de la legalidad y constitucionalidad de los decretos emanados de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, señalando:

*“3° Que el cumplimiento de la función de control de la legalidad de los actos de la administración que los artículos 87 y 88 de la Constitución Política le encargan a la Contraloría General de la República implica, tal como lo reconoce la doctrina, una simple presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales”.*²²⁸

Es decir, le otorga al control de legalidad de la Contraloría un carácter no definitivo y discutible en otras instancias, incluyéndose dentro de éstas últimas:

“6°. Que esta atribución de conocer los reclamos que otorga la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional en el caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional, no puede quedar subordinada a que la Contraloría General de la República curse sin observaciones un decreto supremo, pues del contexto armónico de las disposiciones del artículo 82 de la Constitución Política se desprende en forma inequívoca que el Tribunal Constitucional tiene supremacía constitucional sobre esta materia.”

En segundo lugar, y ya dejando claro el rol de la Contraloría dentro del entramado constitucional atingente al tema tratado, el Tribunal realiza una reseña de la historia fidedigna de la norma en comento, citando ampliamente las actas de la Comisión de la Nueva Constitución y las distintas etapas hasta el establecimiento del texto definitivo, en apoyo de su tesis de que el Tribunal es competente para entrar a

²²⁷ Considerando 1° Rol TC 116-90.

²²⁸ Considerando 3° Rol TC 116-90.

conocer del fondo de los decretos supremos objetados de inconstitucionalidad, y no sólo los vicios de forma:

“Que el Tribunal Constitucional, de acuerdo al N° 5 del artículo 82, de la Constitución Política de la República, es competente para resolver los reclamos de inconstitucionalidad de los decretos que dicte el Presidente de la República, cuando la cuestión sea promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado”.

Es importante señalar que esta decisión fue tomada por la unanimidad de los miembros del Tribunal Constitucional, siendo ratificada y citada en sentencias posteriores con el fin de reafirmar su competencia para entrar a conocer del fondo de los requerimientos impugnados de inconstitucionalidad.

- **Rol 124-1991 “Disolución Colonia Dignidad”**

Materias Tratadas: Competencia del Tribunal Constitucional – Ley Pantalla.

Este fallo es relevante por dos razones: por un lado reafirmó la competencia del Tribunal Constitucional, explicada pormenorizadamente en la sentencia Rol 116-1990, para conocer de las inconstitucionalidades de fondo de los decretos supremos dictados por el Presidente de la República, y alegada nuevamente por el Jefe de Estado. Por otro, es la primera vez que conociendo de requerimientos en contra de decretos supremos el Tribunal tiene la posibilidad de referirse a la denominada Teoría de la Ley Pantalla, ya explicada anteriormente en este trabajo.

Respecto del primer punto, el Tribunal reafirmó su competencia para conocer de los decretos impugnados por ser inconstitucionales, doctrina que entabló en la sentencia Rol 116-1990, en los siguientes términos:

“22°. Que se estima conveniente reiterar ante las afirmaciones vertidas por el Presidente de la República en su escrito de contestación al requerimiento materia de autos, en relación a que el Tribunal no tendría competencia o jurisdicción para

pronunciarse en este caso, lo expuesto en la parte resolutive del fallo de 27 de diciembre de 1990 rol N° 116 (...).”

De este modo, el Tribunal envía una clara señal al ejecutivo acerca de su competencia en el conocimiento y fallo de los requerimientos presentados ante él.

Respecto del segundo punto, esto es, la aplicación de la teoría de la Ley Pantalla alegada por el Ejecutivo, el Tribunal al pronunciarse respecto del fondo del asunto sometido a su decisión, falla lo siguiente:

“9°. Que las disposiciones legales que regulan la existencia de la persona jurídica no pueden ser objeto de análisis o control constitucional por este Tribunal, por dos razones, la primera, porque esta atribución le ha sido conferida en el artículo 80 de la Constitución expresamente a otra autoridad jurisdiccional cual es, la Corte Suprema, y la segunda, porque la facultad de control de esta clase de leyes no se encuentra entre aquellas taxativas que la Carta Fundamental le ha otorgado a este Tribunal en el artículo 82.”

Lo señalado por el Tribunal en este considerando se enmarca en dos órdenes de ideas. La primera de ellas es que al tratarse de normas legales vigentes antes de la reforma del año 2005, la facultad privativa para declararlas inconstitucionales se encontraba en la Corte Suprema, estando imposibilitado el Tribunal por estar fuera de la órbita de su competencia para conocerlas. En segundo lugar, interpretando de forma restrictiva las facultades otorgadas por la Constitución en el artículo 82 (artículo 93 después de la reforma del año 2005), declara que no puede conocer del requerimiento por cuanto si se pronuncia sobre él, también se estaría pronunciando o enjuiciando implícitamente la ley que lo autoriza, lo cual excedería el ámbito de su competencia.

Lo anterior se reitera más adelante en el texto de la sentencia:

“21°. Que en lo relativo a la impugnación de los H. Senadores de que el Decreto N° 143, de Justicia, de 16 de febrero de 1991 habría impuesto una pena de confiscación de carácter inconstitucional en contra de la referida Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad al pronunciarse sobre el destino de los bienes que integraban

su patrimonio, ello se desecha en atención a la existencia de normas legales expresas que regulan la materia (...).

(...)Mientras la disposición anteriormente transcrita esté vigente, no puede ser objeto de análisis o control de constitucionalidad por este Tribunal por las razones ya dadas en el considerando 9° de este fallo.

Todo ello sin perjuicio de los efectos del recurso de inaplicabilidad que corresponde conocer a la Corte Suprema.”

Al decidir de esta forma el Tribunal opta por no confrontar el decreto impugnado directamente con la Constitución, declarando que no puede entrar a conocerlo por cuanto excedería abiertamente sus atribuciones reguladas taxativamente en la norma constitucional, al enjuiciar una norma legal plenamente vigente. Es decir rechaza la tesis del Ejecutivo en cuanto a que el decreto se enmarca dentro de la ley habilitante, lo que supone rechazar también la tesis de la Ley Pantalla.

- **Rol 146-1992 “Letreros camineros I”**

Materias tratadas: Competencia del Tribunal Constitucional – Reserva de Ley

Esta sentencia marca un precedente respecto de una materia importantísima dentro del estudio del control judicial que realiza el Tribunal Constitucional de los actos emanados de la Potestad Reglamentaria del Presidente, y que es materia de una profusa discusión doctrinaria, cual es la llamada Reserva Legal. Como se explicó anteriormente,²²⁹ existen dos corrientes respecto a cuánto puede regular el reglamento en relación a la regulación de una norma legal.

En este caso particular, el voto de mayoría señaló lo siguiente:

“10. Que, el decreto supremo N° 357, del Ministerio de Obras Públicas, de 1992, prohíbe el desarrollo de la actividad económica representada por la propaganda comercial y la publicidad en las fajas adyacentes de los caminos ya definidas, con lo

²²⁹ Respecto de la definición de reserva legal, su discusión y clasificación nos remitimos a lo señalado en el capítulo segundo de este trabajo.

que se ha excedido ampliamente el campo de acción de la autoridad administrativa en esta materia;

11. Que, si bien es efectivo que 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 de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2, que establece "Sólo son materias de ley: Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley", 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 la "regulen". 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".

Como se desprende claramente del considerando citado, los jueces de mayoría hacen aplicación de la llamada Reserva Legal Absoluta, al negar categóricamente que una norma de inferior rango, como es el decreto supremo, pueda regular derechos establecidos en la Constitución, dejando esa tarea en manos del legislador.

No obstante la importancia de la decisión tomada en cuanto a qué doctrina seguir respecto de la Reserva Legal, el voto de minoría demuestra un quiebre en las posiciones de los jueces del Tribunal, al estimarse que debe rechazarse el requerimiento en base a los siguientes argumentos:

"4) Dentro de la Constitución de 1980 la potestad reglamentaria del Presidente de la República es mucho más amplia que bajo el imperio de la de 1925, según la cual "sólo en virtud de una ley" era posible establecer normas obligatorias para la convivencia jurídica. Hoy día "sólo son materia de ley" aquellas que, de modo taxativo, se enumeran en el artículo 60 de la Carta Fundamental, el último de cuyos números, el único de carácter general, se refiere a normas que estatuyan "las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". En estos casos, entonces, **el legislador debe limitarse a establecer esas bases, quedando entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de los "reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".**

Para el voto de minoría, el criterio aplicable en este caso es el de la reserva legal relativa, por cuanto el reglamento puede regular derechos y aquello que es más

concreto y técnico en relación a lo que regula la ley, dentro de los límites establecidos por ésta, llegando a la siguiente conclusión:

“5) La regulación del derecho a desarrollar una actividad económica que contiene el aludido decreto supremo N° 357 no puede, en caso alguno, ser considerada como una conculcación de ese derecho, ni siquiera con relación a la actividad publicitaria en el ámbito reducido del avisaje caminero. En efecto, este avisaje no se prohíbe por el Reglamento sino que se le sujeta a ciertas exigencias y limitaciones que se estiman convenientes y adecuadas para la seguridad del usuario del camino y la protección de la belleza del paisaje”.

Respecto al análisis de esta parte del fallo, es necesario resaltar la importancia de esta decisión en los albores de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, porque comienza a establecer una línea doctrinaria definida y porque envía una señal al poder ejecutivo respecto del límite de sus actuaciones como contraposición a las normas Constitucionales y legales que lo regulan.

Finalmente, y en concordancia con lo que venía siendo su doctrina, el Tribunal rechaza la alegación de que es incompetente para conocer del requerimiento:

“21. Que, la parte requerida ha invocado como argumentación para declarar improcedente el requerimiento interpuesto que el artículo 82, N° 5°, de la Carta Política, en que éste se sustenta, sería improcedente, porque esta norma se referiría solamente a los casos de inconstitucionalidad de forma cometidos por el Presidente de la República y no subsanables o subsanados por la Contraloría General de la República. Sobre el particular este Tribunal rechaza la improcedencia planteada y se atiene a lo ya expresado en los roles N°S. 116 y 124.”

- **Rol 153-1993 “Plan Regulador La Serena-Coquimbo”**

Materias tratadas: Naturaleza jurídica, características y requisitos de forma de los Decretos Supremos – Ley Pantalla.

En esta sentencia, el Tribunal debe abocarse, por primera vez, a definir la naturaleza jurídica del acto que se impugna, para así también definir las características que poseen los decretos supremos de los cuales debe conocer.

Antes de entrar a conocer del fondo del requerimiento, el Tribunal decide referirse a las características esenciales que deben cumplir los decretos supremos, y si éste decreto en particular se enmarca dentro de aquellas cualidades:

“5°. Que los decretos supremos sean simples o reglamentarios deben cumplir con la Constitución vigente no sólo en su aspecto sustantivo, sino también en su parte formal. Corresponde, en consecuencia, examinar, previamente, la naturaleza jurídica del Decreto que se impugna y si éste cumple con los requisitos de forma que al respecto señala la Constitución Política de 1980”.

Para este fin, el Tribunal recurre a la doctrina para definir las características esenciales que deben poseer los decretos supremos de los cuales es competente para conocer:

*“7°. Que, entre las características fundamentales de los decretos dictados por el Presidente de la República o decretos supremos cabe señalar las siguientes: pueden referirse tanto a materias de general aplicación como a casos particulares. De acuerdo con lo expresado por el profesor don Alejandro Silva Bascuñán, **decreto supremo es aquella disposición de gobierno o administración del Estado que, fundada en la Constitución o en la ley, dicta el Presidente de la República con carácter especial y particular.** Si el decreto reviste un carácter general y permanente, con el objeto de favorecer la ejecución de la ley o el ejercicio de alguna de las funciones de administración o de gobierno, toma el nombre de reglamento;*

*8°.- Que en el mismo sentido se pronuncia el profesor don Patricio Aylwin, diciendo que **el reglamento es un decreto supremo que contiene un conjunto de disposiciones armónicas destinadas a facilitar la ejecución de la ley.***

De esta definición desprende el autor los elementos que integran el reglamento: a) el reglamento es un decreto supremo, b) este decreto supremo contiene un conjunto de disposiciones armónicas. Esta es su particularidad como decreto: es un decreto de carácter general.

A lo anterior podríamos agregar como característica del reglamento que por su carácter general no se agota con su cumplimiento como sucede con el simple decreto”.

La importancia de estas definiciones es que aportan el marco conceptual dentro del cual circunscribe el decreto impugnado, y demarcan las características que deben

poseer los decretos sometidos a su conocimiento, pero en un plano estrictamente teórico y no con norma expresa de ley, que no los define.

Una vez explicitado el marco teórico, el Tribunal se refiere al caso particular que está conociendo, en los siguientes términos:

*“9°. Que, en lo que dice relación con la naturaleza jurídica del Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1992, que aprueba el Plan Regulador Intercomunal La Serena-Coquimbo, **es evidente que éste constituye un decreto supremo de carácter reglamentario**, pues reúne todas las características de este tipo de normas, a saber: emana del órgano ejecutivo, es de general aplicación, es obligatorio, de carácter permanente y no se agota con su cumplimiento”.*

*11°. Que de lo expuesto resulta que los planes intercomunales contenidos en una ordenanza municipal, **constituyen verdaderos reglamentos especialmente por ser de general aplicación**, por lo que debemos entender que el Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1992, es un reglamento y no un decreto simple”.*

En este punto del análisis de la sentencia, es necesario señalar que lo transcrito anteriormente es la posición adoptada por el voto de mayoría, y que en esta sentencia, como en otras, existen posiciones contrapuestas respecto a las materias tratadas. La importancia de dicha circunstancia es que dependiendo del criterio de uno u otro ministro es dable conocer por el Tribunal requerimientos que tal vez con otros Ministros no sería posible, más aun tratándose de una materia tan importante como es la naturaleza jurídica del acto que ellos están llamados a controlar.

Una vez establecido por el Tribunal que efectivamente la norma impugnada es un Decreto Supremo Reglamentario, por cuanto cumple con las características comunes a ellos señaladas por la doctrina, pasa a un segundo análisis, el cual es dilucidar si este Decreto Supremo Reglamentario cumple con las formalidades requeridas por la Constitución:

“14. (...) el artículo 35 de la Carta Fundamental vigente, que establece lo que sigue: "Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito.

"Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley."

*15. Que, además como se desprende con toda claridad del artículo 35 de la Carta Fundamental **el constituyente ha hecho una clara distinción entre los requisitos de forma que deben tener los reglamentos, los decretos y las instrucciones**, de tal manera que los decretos e instrucciones pueden expedirse con la sola firma del Ministro respectivo "por orden del Presidente de la República" y previa autorización legal;*

16. Que de la sola lectura del artículo 35 de la Constitución Política es dable concluir que los reglamentos han sido excluidos de la posibilidad de la delegación de firma y necesariamente deben ser suscritos por el Presidente de la República y además, por el Ministro respectivo”.

Como puede apreciarse de los considerandos transcritos, el Tribunal en primer lugar realiza un análisis doctrinario para enmarcar el acto jurídico sometido a su decisión dentro de los llamados decretos supremos, y una vez definido éste, realiza un segundo análisis especificando, según normas constitucionales, cuáles son los requisitos de forma de estos decretos, fallando de la siguiente forma:

“18. Que, en consecuencia es evidente que el Decreto objeto del requerimiento no cumple con las formalidades que exige la Constitución, pues se trata de un reglamento que no aparece firmado por el Presidente de la República, por lo que debe concluirse que el acto está viciado en la forma y adolece de nulidad, en conformidad con las disposiciones indicadas en el considerando anterior”.

Para finalizar el voto de mayoría, el Tribunal se refiere muy sucintamente a la alegación de que el decreto se enmarca dentro de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, descartando este argumento de plano, que podría haber significado una aplicación de la Teoría de la Ley Pantalla:

*“22. Que lo consignado en el artículo 37 de la citada Ley General de Urbanismo y Construcciones en la parte en que dispone que los planes reguladores intercomunales serán aprobados por decreto supremo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dictado por orden del Presidente de la República, en nada altera la conclusión a que se ha arribado, **porque si bien este Tribunal no tiene atribución alguna que ejercer respecto de una ley vigente, es su deber aplicar en las materias sometidas a su decisión el principio de la supremacía constitucional sobre todas las otras normas jurídicas que conforman nuestro ordenamiento positivo**”.*

Por otro lado, como se señaló más arriba, en esta decisión judicial existe un voto disidente, que considera que el Tribunal no es competente para conocer de este requerimiento, puesto que el acto impugnado se habría dictado en conformidad a las normas vigentes que lo autorizan, estando vedado el Tribunal para pronunciarse sobre ellas:

“4) Que siendo ello así, este Tribunal Constitucional carece en absoluto de atribuciones para decidir que ese precepto legal es inconstitucional e inaplicable, que no otra cosa significa la declaración de inconstitucionalidad del referido Decreto Supremo N° 66 por motivos de haberse expedido en la forma que lo ordena el dicho precepto legal. En efecto, el artículo 82 de la Constitución Política que señala las atribuciones de este Tribunal Constitucional, no le da la facultad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de un precepto legal, materia que entrega de modo exclusivo a la Corte Suprema en el artículo 80 de la misma Constitución”.

Como se puede apreciar, el voto de minoría considera que al encontrarse enmarcado el decreto en una norma legal vigente, y no teniendo el Tribunal facultades para conocer de éstas, tampoco puede conocer del Decreto que la ejecuta, realizando una aplicación expresa de la denominada Teoría de la Ley Pantalla.

- **Rol 167-1993 “Letreros Camineros II”**

Materias tratadas: Reserva Legal

Esta sentencia viene a reafirmar lo señalado en la sentencia denominada "Letreros Camineros I", por cuanto continuó la doctrina establecida en ese fallo. Así, respecto a la posibilidad que tiene la potestad reglamentaria del Presidente de la República de regular a través de los decretos supremos derechos establecidos en la Constitución, el voto de mayoría afirma lo siguiente:

*"12°. Que, si bien por "regular", conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: "Ajustado y conforme a reglas", ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Por otra parte, si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. **No podríamos entender en otro sentido la expresión "las normas legales que la regulen", pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del artículo 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución"**.*

El criterio utilizado en este considerando es claro, por cuanto entiende que las normas legales y las normas reglamentarias no se encuentran en el mismo nivel al momento de regular o especificar derechos establecidos en la Constitución. Esto es así, por cuanto las normas reglamentarias se encontrarían absolutamente impedidas de regular estos derechos, siendo las leyes las llamadas a especificar estas normas constitucionales:

*"15 (...), pues de acuerdo al texto constitucional, por el artículo 60, N° 2°, que establece **"Sólo son materias de ley: las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley"**, 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 la 'regulen'"**. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador la facultad de disponer como deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse."*

Finalmente, el Tribunal sentencia lo siguiente:

“16°. Que, en mérito de lo expuesto puede concluirse que:

1) el decreto supremo N° 327, de diciembre de 1992, en sus números 3° y 4° limitó el derecho a desarrollar una actividad económica;

2) la atribución de limitar el derecho indicado en el número anterior le corresponde al legislador y no al administrador;

3) sobre la materia el Tribunal ya se había pronunciado en la sentencia mencionada en el considerando anterior;

Sin embargo, al igual que la sentencia que le sirve de precedente, existe un voto de minoría que aboga por la posición contraria en cuanto a la reserva legal y la posibilidad de que los decretos supremos sí puedan regular derechos establecidos en la Constitución:

“ 3) El aludido decreto con fuerza de ley, es una norma legal que regula el derecho a desarrollar una actividad económica en plena concordancia con los términos del N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política. Por lo mismo, esa reglamentación tiene igual eficacia constitucional que el precepto legal que la autoriza”.

Una vez que deja en claro la pertinencia de la reglamentación que realiza el requerido decreto supremo, los disidentes contrastan lo preceptuado en la Constitución de 1925 y la Constitución de 1980, refiriéndose al cambio de paradigma en cuanto a las potestades de los poderes ejecutivo y legislativo:

*“4) Dentro de la Constitución de 1980 la potestad reglamentaria del Presidente de la República es mucho más amplia que bajo el imperio de la de 1925, según la cual "sólo en virtud de una ley" era posible establecer normas obligatorias para la convivencia jurídica. Hoy día "sólo son materia de ley" aquellas que, de modo taxativo, se enumeran en el artículo 60 de la Carta Fundamental, el último de cuyos números, el único de carácter general, se refiere a normas que estatuyan "las bases esenciales de un ordenamiento jurídico". En estos casos, entonces, **el legislador debe limitarse a establecer las bases, quedando entregada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de los "reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes".**”*

Después de aquella comparación y realce de la potestad reglamentaria del Presidente en relación con el poder legislativo, se hace hincapié en que es la ley y no

el reglamento el que limita el derecho de propiedad, siendo el reglamento una norma de ejecución de lo preceptuado en la ley:

“7) (...) Como se ha visto, es el decreto con fuerza de ley N° 206, de 1960, el que autoriza al Ejecutivo a reglamentar la colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos públicos y que otro tanto dispone la Ley del Tránsito. Por consiguiente, el Presidente de la República, en uso de la potestad reglamentaria de que está investido, ha señalado las condiciones en que pueden colocarse los avisos y carteles en la franja adyacente a los caminos públicos y, como legítima consecuencia de ello, ha quedado limitado el libre ejercicio del derecho de propiedad de las empresas publicitarias y de los dueños de predios en que pudiesen colocarse los avisos y carteles. **La limitación proviene de la propia ley, ya que el reglamento regula los aspectos secundarios necesarios para el ejercicio de esa limitación**”.

Para terminar con el voto de minoría, éste finaliza reafirmando los paradigmas mediante los cuales se define la relación entre la ley y el reglamento al momento de regular derechos:

“8) (...) este tipo de limitaciones autorizadas por ley y cuya ejecución se detalla en un decreto reglamentario, está desde antiguo reconocido y usado en nuestro sistema jurídico. Desconocerlo significaría arriesgar, con grave daño, reglas tan tradicionales y universalmente aceptadas, como las pautas sobre líneas de edificación, número de pisos a construir, instalaciones sanitarias de agua potable, alcantarillado y de pavimentación, que las municipalidades aprueban en sus planos reguladores y ordenanzas locales, con intervención del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por expreso mandato de la Ley General de Urbanismo y Construcciones”.

En conclusión, esta sentencia sigue en la línea iniciada por “Letreros Camineros I”, en cuanto continúa con la doctrina de la Reserva Legal Absoluta, pero no con unanimidad, por cuanto existen Ministros que opinan de manera diametralmente opuesta. Sin embargo, como se verá más adelante, este precedente dará un vuelco respecto a la relación Ley-Reglamento y su interpretación por parte del Tribunal.

- **Rol 183-1994 “Tarifa de Peajes”**

Materias tratadas: Supremacía Constitucional

En esta sentencia se produce un interesante debate en relación con el voto de mayoría y el de minoría, por cuanto existen visiones distintas en relación a la posibilidad de declarar inconstitucional un decreto en base a su confrontación directa con la ley que lo autoriza o con la Constitución.

Es así como el voto de mayoría considera lo siguiente:

“Segundo. Que contrariamente a lo sostenido en el reclamo el Decreto Supremo objetado se sustenta precisamente en el principio cuya ausencia se reprocha, toda vez que la administración ha procedido a su dictación en la facultad que confiere a S.E. el Presidente de la República el artículo 3º de la Ley Nº 14.999. de 1962, (...)”.

Pues bien, lo que quiere señalar el Tribunal es que el decreto impugnado se ajusta a la Constitución ya que se dictó conforme a la ley que le sirve de sustento, contrastando el decreto con la ley y no con la Constitución.

Por otro lado, es precisamente este contraste el que considera como improcedente el voto de minoría, que señala:

*“1. Que para ejercer debidamente la atribución antedicha, debe el Tribunal Constitucional **confrontar el decreto reclamado con las normas pertinentes de la Carta Fundamental**, a fin de verificar si las disposiciones de aquél están en armonía con los preceptos y exigencias constitucionales o si los vulneran por ignorarlos o contradecirlos. “.*

Es decir, lo que debió hacer el Tribunal, acorde a este voto minoritario, era contrastar directamente el decreto con la Constitución sin realizar un análisis previo de la ley que le sirve de sustento, haciendo prevalecer de esta manera el principio de supremacía constitucional.

- **Rol 209-1995 “Ley 19.369”**

Materias tratadas: Inconstitucionalidad de forma

En esta sentencia, a diferencia de las que se han venido analizando, el requerimiento presentado por los legitimados para declarar inconstitucional un determinado decreto supremo no se fundamentó en una inconstitucionalidad de fondo, sino que de forma, por cuanto se solicitó que se declarara inconstitucional un decreto que promulgaba una ley declarada contraria a la Constitución por el Tribunal con anterioridad a dicho requerimiento.

El voto de mayoría sostiene que efectivamente se han vulnerado las normas relativas a la dictación de decretos supremos y por consiguiente declara inconstitucional el decreto impugnado:

“5°. Que, luego y de consiguiente, procede declarar inconstitucional el decreto promulgatorio impugnado por ser violatorio, como se sostiene en el requerimiento de fojas 1, de la disposición constitucional reproducida y comentada en la consideración tercera precedente, de todo lo que se infiere que no existe ley respecto de la materia objeto de dicho decreto.”

Por otro lado, el voto de minoría señala que es inoficioso que el Tribunal se pronuncie respecto al requerimiento deducido ante él, por cuanto:

“12°) Que es opinión del disidente que emitir pronunciamiento sobre este requerimiento resulta inoficioso, toda vez que estamos frente a una apariencia de ley, que al haber sido declarada contraria a la Constitución, perdió por esa sola declaración jurisdiccional su eficacia a partir del mismo instante en que el Tribunal Constitucional declaró, por voto de mayoría, que no podía tener existencia como tal por ser su contenido contrario a la Constitución”.

Lo que señala el voto de minoría es de suma relevancia, por cuanto si la ley es declarada inconstitucional, ipso facto cualquier consecuencia que pueda emanar de ella no posee eficacia, pero ello no implica que el decreto promulgatorio sea inválido,

ya que se dictó conforme a derecho, sino que el contenido de la norma legal es ineficaz y carente de significado jurídico por lo que no produce efecto alguno.

- **Rol 234-1996**

Temas tratados: Legitimación activa.

Respecto de este requerimiento, lo importante de recalcar es la titularidad de la acción, por cuanto lo suscribieron 30 diputados pero accionando respecto al artículo 82 N° 12, que exige que sean cualquiera de las cámaras las que requieran al Tribunal, más aun que debe tratarse de un vicio que verse sobre “materias reservadas a la ley”, por lo que es declarado inadmisibile:

“2º. Que, el mismo artículo 82 establece en su inciso final: “En el caso del número 12º., el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado”;

3º. Que, del examen tanto del texto de la presentación en análisis como del certificado extendido por el Secretario de la Cámara de Diputados al pie de la misma, se observa que ésta ha sido suscrita solo por treinta señores Diputados en ejercicio quienes, de acuerdo con lo mencionado en el considerando anterior, carecen de titularidad para formular el requerimiento que en ella se contiene”.

- **Rol 245-1996 (acumulado a Rol 246-1996) “Acceso a playas”**

Materias tratadas: Competencia del Tribunal - Reserva legal

En los primeros fallos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional éste clarificó la competencia que poseía en relación al control de los decretos supremos dictados por el Presidente de la República cuando fueran inconstitucionales, en el sentido que puede entrar al fondo del requerimiento y no sólo a la forma (Roles 116 y 124). Pues bien, en esta sentencia continúa con la doctrina antes planteada en los siguientes términos:

*“14°. Que, el artículo 82, Nº 5, de la Constitución, otorga al Tribunal Constitucional la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los decretos que emanan del Presidente de la República. **Somete en esta forma a control los actos del Poder Ejecutivo.***

Así lo expresa, textualmente, el artículo 82, Nº 5, de la Ley Fundamental, al decir que son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver los reclamos en casos de que el Presidente de la República ...“dicte un decreto inconstitucional”.

Refiriéndose a esta atribución, este Tribunal en el Rol Nº 116, de 27 de diciembre de 1990, cita la historia de esta norma constitucional de la cual aparece claro que en las sesiones Nºs. 359 y 417, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución decidió otorgar esta facultad al Tribunal Constitucional;

15°. Que, en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en el Rol Nº 153, de 25 de enero de 1993, en el que rechazó un decreto, que si bien cumplía con las normas legales, no se atenía a la Constitución, y en el considerando Nº 18°, expresó: que “el decreto objeto del requerimiento no cumple con las formalidades que exige la Constitución, pues se trata de un reglamento que no aparece firmado por el Presidente de la República, por lo que debe concluirse que el acto está viciado en la forma y adolece de nulidad”;

16°. Que, cabe recordar también sobre este punto las palabras del ex Presidente de este Tribunal señor Israel Bórquez, en el discurso que pronunció en la Universidad Católica de Valparaíso, en octubre de 1982, en el que manifestó: “La innovación es profunda pues ahora corresponde también al Tribunal velar por la supremacía normativa de la Constitución sobre los actos propios del Poder Ejecutivo en la forma que hemos comentado”;

Como se desprende claramente de los considerandos citados, el Tribunal explicita el tipo de control que realiza sobre los decretos supremos emanados del Presidente de la República, englobando dentro del concepto de “decreto inconstitucional” que señala la Carta Magna a los vicios de forma y de fondo de dichos decretos, actuando como un claro contrapeso al poder ejecutivo. Es decir, a diferencia de otras sentencias en que para analizar el fondo del requerimiento que debe conocer confronta éste con la ley que le sirve de sustento, en este caso lo hace directamente con la Constitución, en base al principio de supremacía constitucional.

Como podemos ver, el tribunal, en virtud de casos jurídicamente similares, ha fallado de dos formas diametralmente distintas, con diferentes visiones y

consecuencias. Así, en algunos casos contrasta el decreto supremo impugnado con la ley que ejecuta y que le sirve de marco regulador, mientras que en otros casos éste contraste lo realiza directamente con la Constitución, obviando las normas legales:

*“17º. Que, de los considerandos anteriores queda claro que la atribución del Tribunal es examinar la constitucionalidad del decreto y **si éste no se ajusta a la Ley Fundamental debe declarar su inconstitucionalidad**, lo que en este caso hace innecesario pronunciarse sobre la derogación del Decreto Ley Nº 1.939, de 1977, artículo 13”.*

Si se declara la inconstitucionalidad de acuerdo al artículo 83 de la Constitución Política, el Decreto quedará sin efecto de pleno derecho”.

Una vez dilucidado el método que utilizará el Tribunal para contrastar el decreto supremo impugnado, y siguiendo una doctrina ya asentada en diversas sentencias anteriores, se argumenta lo siguiente:

“43º. Que, a mayor abundamiento, el Decreto Supremo Nº 1, de Bienes Nacionales, de 1996, objeto de esta sentencia es inconstitucional pues es un reglamento de ejecución que debió atenerse a la Constitución y no entrar al campo del legislador como lo ha hecho en la especie.

Ello se desprende con claridad de lo expresado en los artículos 6º y 7º de la Constitución;

44º (...) En consecuencia, los actos del Presidente de la República derivados de su potestad reglamentaria de ejecución deben atenerse a la Constitución y a la ley que aplican y si exceden esta última regulando materias propias del campo del legislador pasan a violar la Constitución”.

Como se desprende claramente de los considerandos transcritos, el Tribunal continúa con la posición doctrinaria de la Reserva Legal Absoluta, ya explicada anteriormente en este trabajo.

- **Rol 253-1997 “Cesiones gratuitas”**

Materias tratadas: Ley Pantalla – Reserva Legal

Este fallo tiene una especial importancia, puesto que significa un cambio de doctrina en relación a lo que venía decidiendo el Tribunal respecto a la relación Ley-Reglamento y la aceptación o rechazo de la Teoría de la Ley Pantalla. Como se dijo anteriormente, el Tribunal había rechazado la aplicación de esta doctrina en las sentencias “Disolución Colonia Dignidad” y en “Tarifa de Peajes”, optando por confrontar el decreto impugnado directamente con la Constitución, y no con la norma legal que le servía de sustento. Sin embargo, el Tribunal en el voto de mayoría consideró lo siguiente:

*“4º. Que de la simple lectura de las normas reproducidas en los considerandos precedentes, se infiere con nitidez que los artículos pertinentes de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones sólo se han limitado a cumplir, rigurosamente, con lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley, a fin de que ésta pueda producir plenos efectos jurídicos. **En esta forma la actividad del Órgano Gubernamental aparece enmarcada dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32, Nº 8, de la Carta Fundamental como "Potestad Reglamentaria de Ejecución" y que se contrapone a la llamada "Potestad Reglamentaria Autónoma". De esta manera una la ley y otro el reglamento conforman un solo todo jurídicamente armónico, están indisolublemente unidos y en conjunto versan sobre la materia relativa a las cesiones o destinaciones gratuitas de terrenos inherentes a toda urbanización. Pretender desvincular el artículo 70 de la ley, de las normas reglamentarias objetadas, es negar una realidad jurídica evidente. Esta realidad normativa, el intérprete de la Constitución no puede ignorarla, pues se impone como una absoluta necesidad para resolver adecuadamente sobre la constitucionalidad de los preceptos en juego, a la luz de las disposiciones constitucionales”.***

Acorde con lo señalado por el Tribunal, en una doctrina que seguirá a lo largo de diferentes fallos en el futuro, se entiende la relación ley-reglamento como un todo jurídicamente armónico, con lo cual acepta que el reglamento pueda entrar a regular derechos, pero en concordancia con la ley que le sirve de marco así como también respecto de la Constitución.

Continuando con lo razonado precedentemente, el Tribunal señala:

“5º. Que así, conforme a la naturaleza de las cosas, lo que ocurre con el requerimiento en esta parte, sobre dominio legal y potestad reglamentaria, es que la petición de inconstitucionalidad de las disposiciones respectivas conlleva necesaria e ineludiblemente el emitir un pronunciamiento material implícito sobre la constitucionalidad de un acto del Poder Legislativo, porque el Presidente de la República se ha limitado a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal en estricta sujeción a lo que éste dispone. En otras palabras, lo que en estricto derecho se hace es enjuiciar un acto del Poder Legislativo, porque lo que en verdad se objeta es la constitucionalidad de la ley en que se sustenta el Reglamento”.

Como señalamos con anterioridad, el voto de mayoría acoge la tesis del Ejecutivo y le da plena cabida en nuestro sistema jurídico a la Teoría de la Ley Pantalla, tantas veces nombrada, provocando un cambio en la doctrina del Tribunal respecto al tema.²³⁰ De esta forma, el Tribunal se refiere a la improcedencia de enjuiciar una ley mediante el conocimiento del fondo del decreto objeto del requerimiento:

“6º. Que la conclusión a que nos conduce lo expuesto en el considerando precedente, resulta definitivamente inadmisibile (...).

7º. Que aceptar que mediante la declaración de inconstitucionalidad de un decreto se enjuicie implícitamente el contenido de una ley, importaría vulnerar gravemente un conjunto de normas constitucionales que consagran, mediante el reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y, así también, en rigor, las atribuciones exclusivas de los distintos Poderes del Estado (...).”

Aun cuando parezca categórica la apreciación del Tribunal en cuanto a que no es procedente enjuiciar una ley a través del reglamento que la ejecuta, el mismo morigera su planteamiento mediante dos argumentos que explicita en el siguiente considerando:

²³⁰ Sin perjuicio de señalar los casos en que se aplicó o dejó de aplicar esta Teoría, el tratamiento de la Ley Pantalla, tanto doctrinariamente como su desarrollo jurisprudencial fue desarrollado latamente en el Capítulo III de este trabajo, al cual nos remitimos.

“9º. Que, sin embargo, esta tesis no es absoluta, pues en el evento que el reglamento se apartara de la ley en consonancia con la cual se dicta, se produce la desvinculación de uno y otra, ya que dejan de constituir un todo jurídicamente armónico que da lugar a una realidad jurídica evidente, para transformarse en partes de una relación ley-decreto reglamentario que se contrastan y se repudian. En esta hipótesis, desaparece el fundamento de la tesis que se ha venido desarrollando y, por ende, se exceptúa de ella, porque el reglamento puede ser objetado, en conformidad con lo prescrito en el artículo 82, Nº 5, de la Carta Fundamental, ya que su enjuiciamiento constitucional se efectuaría sin que ello importe una intromisión de este Tribunal en un acto legislativo.

En este orden de ideas, debemos entender que el reglamento contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso sino, también, cuando su contenido desborde el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución; tratándose del derecho de propiedad, por ejemplo, cuando él fuere vulnerado en su esencia. En efecto, la ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero al propio tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación reglamentaria no vulnere el derecho que la Constitución asegura a todas las personas, en este caso, en su artículo 19, Nº 24, y, Nº 26, ya que no resulta "razonable" aceptar que el legislador ha encomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina "razonabilidad técnica", y que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar”.

En primer lugar, el Tribunal se refiere a la posibilidad de que el reglamento no cumpla con los presupuestos esenciales que le otorga la ley que debe complementar, por lo que en ese caso estaría sobrepasando el ámbito de sus facultades normativas y sería plenamente justiciable por el Tribunal, ya que se confrontaría directamente con la Constitución y los derechos fundamentales que ésta regula, haciendo aplicación de un control abstracto en contraposición a un control concreto de la norma.

Así las cosas, el Tribunal posteriormente se hace cargo de un segundo orden de ideas, en cuanto a formar criterios (o lo que algunos autores denominan “test”) para determinar cuándo el decreto impugnado excede el conjunto de atribuciones que la

norma legal le otorga. Es en estos caso cuando aplica lo que denomina “razonabilidad técnica”, antes transcrito.

En conclusión, respecto del análisis del voto de mayoría de esta sentencia, es claro que el Tribunal decide no entrar al fondo del asunto sometido a su decisión, puesto que de hacerlo, se encontraría invadiendo potestades normativas que no se encuentran taxativamente enumeradas en la norma constitucional que le otorga competencia. Asimismo, establece un criterio para determinar cuándo un decreto excede sus atribuciones y contraviene la Carta Fundamental, que denomina “razonabilidad técnica”.

Por otra parte, la Ministra Luz Bulnes realiza una prevención del voto de mayoría en lo que se refiere al conocimiento del fondo del decreto supremo, optando por continuar con la doctrina establecida del Tribunal en esta materia y no girar bruscamente en pos de una nueva doctrina.

Para comenzar con su argumentación, el voto de minoría adopta una postura doctrinaria claramente definida:

“1. Que, de los considerandos que se previenen se infiere que la sentencia de autos se atiene estrictamente al principio jerárquico de las normas. Siguiendo el criterio de estudiar la Constitución en forma armónica esta doctrina, a juicio de la Ministra que previene, no se ajustaría al artículo 6º, inciso primero, de la Carta Fundamental que ha dado especial relevancia al principio de la supremacía constitucional, de manera que los órganos del Estado “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. De acuerdo a la disposición citada, los órganos del Estado quedan vinculados directamente a la Constitución.

Es evidente, entonces, que para el intérprete sobre el principio de jerarquía de las normas debe prevalecer siempre la supremacía constitucional (...).

Es decir, la disidente considera que el Tribunal debe ceñirse al principio de supremacía constitucional al momento de decidir cómo contrastar el decreto requerido con la Constitución, lo cual significa de cierta manera excluir la ley a la cual ejecuta:

“2. Que, 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 éste Tribunal, que la puede ejercer sin que ello signifique pronunciarse sobre los actos del órgano legislativo”.

Es más, considera que el Presidente se encuentra ligado directamente a la Constitución, por lo que mal podría, so pretexto de ejecutar una ley, violentarla o actuar contrariamente a sus preceptos:

*“4. Que, a mayor abundamiento, la ejecución de las leyes que hace el Presidente de la República, a través del ejercicio de su potestad reglamentaria, debe efectuarse con pleno y absoluto respeto de las normas, principios y valores constitucionales. **El cumplimiento de la ley jamás podría 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, aún cuando la ley lo autorice, necesariamente, deberá abstenerse de hacerlo, so pena de incurrir en infracción constitucional.**”*

Concluye su argumentación señalando:

“7. Que, de todo lo anterior aparece con nitidez que el Tribunal Constitucional, con independencia de la ley debe velar por la constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República.

La tesis de la sentencia sobre cómo debe aplicarse el artículo 82, Nº 5, de la Constitución Política, podría significar una abdicación de las competencias que el texto fundamental entrega al Tribunal Constitucional. Las disposiciones de la Constitución de 1980 obligan a todos los órganos del Estado y son normas jurídicas autónomas y directamente aplicables”.

Finalmente y a mayor abundamiento, con el fin de fortalecer su posición y la doctrina del Tribunal, cita diversos fallos del mismo:

“8. Que lo dicho en esta prevención es lo que ha sostenido este Tribunal en sus últimos fallos, especialmente en el Rol Nº 245, de 2 de diciembre de 1996, en el que expresó textualmente lo que sigue:

“... la atribución del Tribunal es examinar la constitucionalidad del decreto y si éste no se ajusta a la Ley Fundamental debe declarar su inconstitucionalidad, lo que en este caso hace innecesario pronunciarse sobre la derogación del Decreto Ley Nº 1.939, de 1977.”

Además, podemos citar las siguientes sentencias que han seguido el mismo criterio:

a) Rol Nº 153, de 25 de enero de 1993, sobre la posible inconstitucionalidad del Decreto Supremo Nº 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 19 de junio de 1992;

b) Rol Nº 116, de 27 de diciembre de 1990, sobre la posible inconstitucionalidad del Decreto reglamentario Nº 140, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo;

c) Rol Nº 146, de 21 de abril de 1992, que prohibió la colocación de avisos en los caminos públicos del país.

d) Rol Nº 167, sobre la constitucionalidad del Decreto Supremo Nº 327, de 29 de diciembre de 1992”.

- Rol 254-1997 “Modificaciones Presupuestarias”

Materias Tratadas: Requisitos de forma de los Decretos Supremos – Ley Pantalla – Reserva Legal

Esta sentencia tiene relevancia en dos sentidos, siendo lo más importante que el Tribunal, por vez primera, hace una distinción explícita entre reserva legal absoluta y reserva legal relativa. Por otro lado, reafirma su posición respecto a la diferencia que existe entre reglamentos y decretos supremos.

En primer lugar, al igual que la sentencia Rol 153-1993, el Tribunal antes de entrar al fondo del asunto sometido a su conocimiento indaga en los requisitos de forma del decreto impugnado, para clarificar si se encuentra acorde con lo preceptuado en la Constitución y en las leyes:

“5º(...) Como puede apreciarse, la norma constitucional distingue entre los reglamentos, por una parte, y los decretos e instrucciones por la otra, disponiendo que sólo respecto de los primeros no es admisible que ellos se dicten “por orden del

*Presidente de la República”. **No acontece así, por el contrario, en cuanto a los decretos supremos y a las instrucciones, porque como expresamente lo prescribe el inciso segundo de la norma constitucional en análisis, ellos pueden ser dictados por orden del Presidente en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.***

Acto seguido, y luego de especificar el marco legal en el cual se clasifican los decretos supremos y los reglamentos, lo aplica al caso en cuestión:

*“6º. Que, corresponde entonces determinar si el Decreto N° 1.679 constituye un reglamento o un decreto supremo. **Conforme a la doctrina universalmente aceptada y a lo resuelto por este mismo Tribunal en la causa Rol N° 153, el decreto supremo se diferencia del reglamento en cuanto a que no es de general aplicación y a su temporalidad.***

*El Decreto Supremo N° 1.679 que regula la forma de aplicación de la Ley de Presupuestos no reviste, desde luego, el carácter de generalidad que tipifica al reglamento, tanto porque por su contenido como por sus destinatarios, contiene disposiciones particulares. Y, al propio tiempo, se distingue por su temporalidad, pues se agota con el ejercicio presupuestario para el cual está destinado a regir. **En consecuencia, resulta evidente que se está en presencia de un decreto supremo y no de un reglamento y, por ende, es posible que él se dicte por el Ministro de Hacienda por orden del Presidente de la República. Cabe recordar que los propios requirentes califican el acto del Ministro como decreto”.***

El otorgarle la naturaleza jurídica de decreto supremo al decreto cuestionado no era baladí, puesto que las consecuencias jurídicas que se seguían eran fundamentales en relación a los actores constitucionalmente legitimados para dar curso a los decretos: en el caso del simple decreto supremo no sería necesaria la firma del Presidente, siendo del todo indispensable en el caso de los reglamentos.

Finalmente, y respecto de esta materia el Tribunal considera al decreto impugnado como plenamente acorde a la Constitución:

“8º. Que, de lo relacionado en los considerandos precedentes fluye con nitidez que el Decreto N° 1.679 cuestionado, constituye un decreto supremo y que ha sido dictado en conformidad a lo dispuesto en la ley. En consecuencia al dictarse “Por orden

del Presidente de la República”, de acuerdo a la ley no ha vulnerado el artículo 35 de la Carta Fundamental”.

En segundo lugar, y aquí es donde radica la importancia de esta sentencia, es cuando el Tribunal explicita que no puede pronunciarse sobre el decreto supremo sin vulnerar las normas constitucionales que le otorgan competencia taxativa, ya que entraría a justiciar normas legales vigentes. Si bien el Tribunal se cuadró con esta posición doctrinaria en la sentencia 253-1997, que es donde nace la misma; en este fallo, al ahondar sobre el asunto, se refiere explícitamente a la diferencia entre reserva legal absoluta y reserva legal relativa:

*“26º. Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. **Es por ello que hay casos en que la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley 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", v.g. en los artículos 10, Nº 4; 24 inciso segundo; 32, Nº 22; 87 y 94 de la Constitución en vigor”.*

Respecto a la improcedencia de enjuiciar el decreto supremo sometido a su conocimiento por cuanto si lo realiza también estaría justiciando la ley que le sirve de marco y sustento, el Tribunal se remite a la sentencia 253-1997, ya analizada en este trabajo.

Finalmente, al igual que en el fallo Rol 253-1997, tantas veces citado, la prevención de la Ministra Luz Bulnes no concuerda con la aplicación de la doctrina de la sentencia, considerando que se debe contrastar el decreto directamente con la Constitución, remitiéndonos también a los señalado en el análisis de dicha sentencia, cuya disidencia transcribe íntegramente.

- **Rol 282-1999 “Acuerdo Complementación Económica con Bolivia”**

Materias Tratadas: Reserva legal

Para el análisis de esta sentencia es necesario tener presente las posiciones doctrinarias que se confrontaban en el seno del Tribunal en relación al enjuiciamiento de los decretos supremos. Como vimos en las sentencias 253-1997 y 254-1997, el Tribunal, en sus respectivos votos de mayoría, consideró que no era competente para conocer de los decretos impugnados cuando éstos se encontraban conformes con la ley que les servía de marco regulatorio, pues si los enjuiciaba también enjuiciaría dicha norma legal, lo cual no se enmarcaba dentro de su competencia. Por otro lado, en esas dos sentencias la Ministra Luz Bulnes sostenía una posición contraria, ya que consideraba que el Tribunal se atenía al principio jerárquico de las normas como contraparte al principio de supremacía constitucional, y que por lo tanto éste debía contrastar directamente el decreto impugnado con la Constitución y no con la norma legal que le servía de fundamento.

Así las cosas, respecto a este requerimiento, en primer lugar el Tribunal se refirió a la relación de la ley con el reglamento y el dominio máximo legal en la Constitución de 1980 como contrapunto a la de 1925:

*“18º (...) propias de la reserva legal máxima consagrada por la Carta Fundamental de 1980, principio restrictivo que 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, Nº 8, para dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes;***

*19º. Que en este sentido, en lo que concierne a la relación ley reglamento, este Tribunal Constitucional en sentencia Rol Nº 242, de 12 de agosto de 1996, declaró que **la Constitución en actual vigencia al precisar que sólo son materia de ley las que taxativamente enumera en su artículo 60º, cambió el sistema de dominio legal mínimo, establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que contenía una enumeración ni estricta ni rígida, sino abierta, de quince materias que sólo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la ley en***

cualquiera otra materia en que la Constitución no la hubiere reservado expresamente a otra autoridad, por el sistema de dominio legal máximo o de dominio reservado a la ley, en el que ésta debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación, esto es, limitada 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 (considerando 17º).

Una vez establecida la relación ley-reglamento a la luz de la Constitución de 1980, reiterando un criterio ya utilizado en una sentencia anterior, el Tribunal se refiere al fondo del asunto, al señalar que no puede enjuiciar implícitamente el contenido de una ley a través de un reglamento (razonamiento explicitado en el considerando 7º de la sentencia Rol N° 253-1997), y se hace cargo de lo señalado por la magistrado Luz Bulnes en sus respectivos votos de minoría de los fallos Rol 253-1997 y 254-1997:

“29º. Que este planteamiento se sujeta estrictamente al principio de supremacía constitucional, y por cierto no se subordina al principio de jerarquía de las normas, en atención a que ambos principios no se contraponen sino que, por el contrario, convergen en la misma dirección, ya que el de "supremacía constitucional" presupone el de "jerarquía normativa", como se encargan de destacarlo, con razón, diversos autores (...).”

30º. Que el esquema doctrinario precedente, encuadra perfectamente con nuestro ordenamiento jurídico que contempla grados jerárquicos perfectamente decantados y en que la legitimidad de cada norma se justifica en función de su conformidad con la que la precede en dicha escala, en forma directa e inmediata. 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 sub legal. Por consiguiente, si se trata de evaluar la constitucionalidad de un decreto de ejecución tema planteado por el requerimiento, el punto de referencia en lo inmediato debe ser la ley habilitante, y que en el presente caso se encuentra representado por el Tratado Marco”.

Como podemos apreciar, el Tribunal realiza una apología de la doctrina asentada en las sentencias anteriores sobre esta materia para negarse a conocer el fondo de los decretos supremos requeridos, esta vez basándose en el principio de

supremacía constitucional pero complementado con el de jerarquía normativa, en respuesta a los cuestionamientos realizados por los votos de minoría de aquellas respectivas sentencias.

Por otro lado, en esta sentencia, una vez más, disiente del voto de mayoría la Ministra Luz Bulnes, citando en primer lugar su disentimiento desarrollado en la sentencia Rol 253-1997, ya analizado y transcrito anteriormente, y consecuente con aquello, agrega lo siguiente:

“3º. Que de lo anterior resulta claro que para estudiar la constitucionalidad del decreto objetado es menester confrontar éste con la norma constitucional y no cabe analizar si el Decreto se ajusta o no a la ley, en este caso al Tratado Marco y al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia Nº 22, pues la atribución que se ha entregado al Tribunal Constitucional, por el artículo 82, Nº 5º, es examinar si el Decreto cumple o no con la Constitución”.

Una vez que establece la forma en que debe ser contrastado el decreto, esto es, directamente con la Constitución, entra a analizar la reserva de ley y la manera en que es tratada en la sentencia de la cual disiente:

*“17º. Que la sentencia de autos recoge la tesis de las observaciones del Presidente de la República en el sentido que **“La reserva de ley se caracteriza por crear una obligación al legislador de regular él mismo el núcleo básico de la materia respectiva, de manera tal, 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.”***

*Señala también el Presidente de la República que **“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 las regule. El problema no es si la norma legal puede apelar a la norma reglamentaria, sino el cuántum admisible de esta remisión.”***

18º. Que no concordamos con esta visión de la potestad reglamentaria en nuestra Carta Política. Si bien es cierto que 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”; el N° 18, a “Las que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública”; el N° 20, a “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

En los otros numerales del artículo 60, disposición que señala la reserva máxima legal, no se hace mención a las leyes de bases, las que evidentemente dan más amplitud a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. En los dichos números se indica específicamente la materia que corresponde que el legislador regule, lo que no da la amplitud a la potestad reglamentaria que dan las leyes que sólo deben contener las bases.

Entre las que el legislador debe regular integralmente 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, N° 2 y 14), como es el caso de imponer, suprimir, reducir o condonar tributos. En otras palabras, toda la materia tributaria está sujeta a la reserva estricta de legalidad.”

En los considerados arriba transcritos la Ministra clarifica su postura doctrinaria, que venía desarrollando en las disidencias de las sentencias 253-1997 y 254-1997, optando ostensiblemente por la reserva legal absoluta, es decir, que el reglamento no puede suplir a la ley en su afán regulador, sólo siendo permisible en aquellos casos en que la misma Constitución lo permite (ley de bases), pero estándole completamente vedado en otras circunstancias que la señalada.

Finaliza su voto de la siguiente manera:

“19°. Que, dicho lo anterior y reiterando nuestra posición, queda en evidencia que para examinar la amplitud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República es menester analizar, cuidadosamente, el artículo 60 de nuestra Constitución, y así resulta que sólo en ciertas materias, tales como las señaladas anteriormente el Presidente puede complementar las materias de ley con mayor latitud. Pero, es muy distinta la situación, 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, en estos últimos casos se exige una regulación total del legislador y el reglamento debe limitarse estrictamente a poner en ejecución esas normas y no le está permitido incorporar nuevas disposiciones o complementar**

las materias estrictamente legales, como sería precisamente todo lo relativo a tributos.

Tal es el alcance de la potestad reglamentaria en nuestra Constitución y toda otra interpretación significa violentar la competencia de la ley y de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”.

- **Rol 325-2001 “Catalíticos”**

Materias Tratadas: Legitimidad Activa – Control Concreto y Abstracto

Si hablamos de sentencias relevantes dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin duda ésta marca un antes y un después en diversos tópicos relacionados a los decretos supremos emanados de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En primer término el Tribunal, ante la alegación del Contralor en su escrito de contestación de que era incompetente para conocer el requerimiento por cuanto éste versaba sobre materias de ley y por tanto debía patrocinarlo cualquiera de las dos cámaras (basado en el artículo 82 N° 12), entra en una argumentación tendiente a delimitar quiénes son los legitimados activos para impugnar un decreto supremo y bajo qué precepto constitucional deben accionar.

De esta forma, comienza su razonamiento explicitando la naturaleza jurídica del decreto impugnado:

“2º. Que, para señalar con la mayor precisión el problema propuesto, es necesario dejar establecido como hecho de la causa que el D.S. N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001, es un decreto dictado en virtud de la potestad de ejecución del Presidente de la República, esto es, un acto del Jefe del Estado expedido para la ejecución de las leyes, de conformidad con la facultad que le confiere el artículo 32, N° 8º, de la Carta Fundamental”.

Ya individualizada la naturaleza jurídica del decreto materia del requerimiento, el Tribunal debe delimitar el problema jurídico planteado respecto a la legitimidad de los requirentes:

*“3º. Que, en esencia, el problema que se ha suscitado consiste en precisar si los Senadores requirentes son legitimados activos para deducir el requerimiento interpuesto en contra del D.S. N° 20 ya mencionado, en los términos propuestos. En otras palabras, y con mayor precisión jurídica, **la cuestión suscitada consiste en resolver si un requerimiento que impugna un decreto emitido en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República, por versar sobre materias propias de ley, se encuentra comprendido dentro de la atribución contemplada en el artículo 82, N° 5º, de la Carta Política, dentro de la expresión “decretos inconstitucionales” que ésta emplea, o cae bajo el ámbito de la facultad consagrada en el N° 12º del mismo artículo que se refiere a los decretos que versen sobre “... materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60”.***

Es decir, el Tribunal se plantea la interrogante sobre qué artículo es aplicable respecto a la impugnación de los decretos supremos, siendo que existen dos normas que los regulan, pero que se pueden referir a diversos tópicos. Por lo tanto, dependiendo de la interpretación que se le dé a cada uno de estos numerales, se podrán extraer diversas consecuencias jurídicas relevantes:

*“4º. Que, la doctrina que al efecto se siga es de enorme trascendencia jurídica, ya que son distintos los legitimados para recurrir al Tribunal Constitucional en uno y otro caso. **En efecto, si se concluye que un requerimiento como el deducido en estos autos puede intentarse de acuerdo con el artículo 82, N° 5º, tal requerimiento, o para emplear los términos de la Constitución, la cuestión “podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio”.** En cambio, si mediante una interpretación restrictiva de las normas en juego, se decide que el requerimiento se encuadra dentro de la situación prevista en el número 12º, este Tribunal sólo podría conocer de la materia, siempre que el reclamo respectivo lo deduzca el Senado o la Cámara de Diputados; o sea, en este segundo caso, no se le permitiría accionar a la cuarta parte de los miembros en ejercicio de las respectivas Corporaciones”.*

Ahora bien, la importancia de este fallo radica en lo que decide el Tribunal, puesto que será un antecedente muy importante para la reforma que sufrió este artículo (entre muchos otros), el año 2005.²³¹

Siguiendo el razonamiento del Tribunal para decidir quiénes son los legitimados para deducir requerimientos fundados en que el decreto supremo incurriere en materias de ley, éste señala:

*“5°. Que, sin embargo, como podrá apreciarse, la resolución de este asunto no se circunscribe sólo a un simple problema de legitimación procesal, sino que es de vastas proyecciones en el ordenamiento constitucional, **porque la tesis que se sustente importará un pronunciamiento sobre las facultades de las minorías parlamentarias para ejercer acciones tendientes a controlar que los actos del Poder Ejecutivo se ajusten a la Constitución y el verdadero alcance de su participación en nuestro sistema democrático que consagra el artículo 4° de nuestra Carta Fundamental.***

Al propio tiempo, la decisión también se extiende sobre uno de los pilares básicos de nuestro Estado de Derecho, cual es el ámbito de las atribuciones de este Tribunal para velar por el fiel cumplimiento del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6° del Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad.

El Tribunal Constitucional es uno de los órganos esenciales que debe custodiar aquel principio y frente a la trascendencia de sus funciones no puede ni debe, actuando dentro de su competencia, dejar de ejercer sus atribuciones por las razones que se invocan por la Contraloría, omitiendo, así, un pronunciamiento sobre normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que han sido cuestionadas por veinte Senadores por estimar que adolecen de severos vicios de inconstitucionalidad relacionados con la libertad y otros derechos fundamentales de la persona humana”.

En este considerando el Tribunal aboga por la importancia que él mismo posee dentro del entramado constitucional y sus atribuciones como ente guardián de la Constitución Política. Acto seguido transcribe los numerales 5° y 12° de la Constitución de 1980, para señalar lo siguiente:

²³¹ Este punto fue tratado en el capítulo III, al cual nos remitimos íntegramente.

“9º. Que, un primer análisis de esos preceptos de acuerdo a su tenor literal, nos llevaría a resolver entre las siguientes alternativas:

a) que el N° 12º sería un precepto superfluo, estéril o meramente reiterativo, pues resulta evidente que la situación a que él se refiere estaría ya contemplada en el N° 5º del mismo artículo, desde el momento que es indiscutible que un decreto del Presidente de la República que verse sobre materias propias de ley es inconstitucional, por infringir derechamente los artículos 60, 32, N° 8º, y 6º y 7º de la Carta Fundamental. Sin duda esta inconstitucionalidad es la más flagrante y grave de aquellas en que puede incurrir el Jefe del Estado, porque desconociendo el principio de separación de poderes entra a invadir el campo propio y reservado al Poder Legislativo; y

b) que el artículo 82, N° 5º, al referirse a los decretos inconstitucionales constituiría la regla general y que el número 12º del mismo precepto la excepción o la regla especial que comprendería sólo a determinados decretos inconstitucionales, esto es, a aquellos que traten materias propias de ley, cualquiera sea la potestad reglamentaria en virtud de la cual hubiesen sido dictados”.

Como lo señala el mismo Tribunal, se arribaría a esas dos conclusiones si se aplica una regla de interpretación literal, pero tal como el mismo órgano viene reiterando en numerosas sentencias anteriores:

“10º (...) En dichas sentencias se expresó que la Constitución es un todo orgánico y que el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía debiendo excluirse, definitivamente, cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a alguno de sus preceptos. La razón de ser de esta regla, en el ámbito constitucional, es muy simple: **es inadmisibles aceptar que la Constitución contenga normas sin sentido, sin aplicación práctica, reiterativas o sin una justificación razonable dentro del sistema diseñado por el Constituyente”.**

Lo anterior es de suma importancia, ya que permite al Tribunal una cierta holgura al momento de decidir qué criterios utilizar para resolver las cuestiones sometidas a su conocimiento, teniendo en cuenta, por supuesto, la peculiaridad de la interpretación constitucional.

Siguiendo con la imposibilidad de interpretar los dos preceptos en la forma anteriormente señalada, el Tribunal expresa:

10°. Que, ambas opciones que nos ofrece esta interpretación literal del artículo 82, numerales 5° y 12°, resultan definitivamente inaceptables dentro del espíritu de la Constitución y de fundamentales principios de hermenéutica constitucional, uno de los cuales ya fue expresado en el considerando sexto de esta sentencia, por las siguientes razones:

*La primera, porque no es dable suponer que la Carta Política incluya en su texto normas superfluas o reiterativas que lejos de regular en forma clara la convivencia política y pacífica de un pueblo en sociedad, confunda o de cabida a interpretaciones que permiten vulnerar la esencia de los principios y valores en que ella descansa, o hacer ambiguo o confuso lo que para el Constituyente es claro e inequívoco. **La segunda, porque los preceptos en estudio, en los términos en que han sido concebidos por la Contraloría, carecen de “ratio legis” dentro del contexto del artículo 82, ya que ello importa privar a las minorías parlamentarias, sin justificación razonable, de ejercer un recurso que la Constitución ha previsto para resguardar el principio de supremacía constitucional que deben respetar los actos de la Administración (...)**.*

Establecido el hecho de que para llegar a una interpretación satisfactoria respecto a lo que señala la Constitución en este tema no puede acudir a la interpretación literal, opta por otra clase de interpretación, una a la cual ha acudido frecuentemente: la interpretación histórica.

*“12°. Que, es una norma de lógica interpretación constitucional muy aconsejable de seguir en situaciones como la que enfrentamos, aquella que nos previene que en los casos en que las palabras o las expresiones de un precepto puedan tener un significado o un alcance distinto, siempre debe preferirse aquel que mejor se aviene con la finalidad perseguida por la norma, obtenida del contexto de la Constitución **o de los antecedentes que se tuvieron en vista para establecerla (...)***

*14°. Que, de lo expuesto en los razonamientos precedentes, fuerza es concluir que para una acertada interpretación de los numerales 5° y 12° del artículo 82 de la Carta Política **es necesario e indispensable indagar sobre el origen de estas normas o sus evidencias extrínsecas**, único camino certero para conseguir tal propósito, porque ello nos permitirá saber con certeza jurídica cuál es la finalidad de los preceptos en análisis”.*

Si bien no es la primera vez que el Tribunal acude a la interpretación histórica para dilucidar el significado de una determinada norma, en este caso la utiliza profusamente para llegar a su conclusión:

“15º. Que, para cumplir tal cometido es necesario precisar con la máxima estrictez el origen y los antecedentes de los artículos 60, N° 20), y 82 N° 12º, que no los contenía ni el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, conocido normalmente como proyecto de la Comisión Ortúzar, ni tampoco el texto aprobado por el Consejo de Estado.

Ambos preceptos fueron incorporados por la Junta de Gobierno”.

No es superflua la importancia que se le otorga por parte del Tribunal a la historia del establecimiento de la norma en comento, puesto que también se ha tratado numerosas veces en doctrina este tema, máxime la relevancia que supuso en nuestro orden constitucional el paso de un sistema de dominio legal mínimo a uno legal máximo, y las consecuencias que trajo consigo, como es la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.

Para no extendernos en demasía en materias ajenos al tema de este trabajo o ya tratados anteriormente, hay que señalar que el Tribunal se ocupa de la discusión doctrinaria sostenida entre la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado, y cómo cada cual entendía la reserva legal y el alcance de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Así, la Comisión Ortúzar abogaba por un cambio respecto al dominio mínimo legal para transitar a uno de máximo legal, posibilitando una mayor discrecionalidad del Ejecutivo en la dictación de decretos supremos, mientras que el Consejo de Estado estimaba que no era necesario modificar el sistema de dominio legal mínimo vigente en la Carta Magna de 1925. Finalmente, en la redacción final del articulado del Art. 82 de la Constitución, el Tribunal señala lo siguiente:

“21º. Que, la Junta de Gobierno no siguió íntegramente ninguno de los sistemas propuestos, uno por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política y otro por el Consejo de Estado, pero en cuanto a la materia que se analiza en esta causa y en lo que a ella es atinente, se inclinó por la proposición de la señalada Comisión; pero introduciéndole tres cambios sustanciales, de donde surge con claridad meridiana el

verdadero ámbito de aplicación de los numerales 5° y 12° del artículo 82 de la Constitución”.

Estos cambios sustanciales los individualiza de la siguiente manera:

“22°. Que, en efecto, las tres enmiendas insertadas por el Poder Constituyente fueron:

a) **Mantener el sistema de efectuar una enumeración de los asuntos que “Sólo son materias de ley”;** pero agregando uno nuevo que es el contenido en el número 20 del actual artículo 60 de la Carta Fundamental que dice: “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”;

b) **Modificar la redacción relativa a la potestad reglamentaria del Jefe del Estado** dejándola en los términos que expresa el actual artículo 32, N° 8°, de la Constitución que dice: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 8°. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”; y

c) **Otorgar una nueva atribución al Tribunal Constitucional**, que no estaba contenida en ninguno de los dos proyectos propuestos, y que es la del número 12° del artículo 82 de la Carta Política que prescribe: “Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60”, disponiendo, además, que en este caso solamente podían requerir el Senado o la Cámara de Diputados”.

Estas tres modificaciones sustanciales, según el Tribunal, permiten contextualizar la relación ley-reglamento en nuestro ordenamiento constitucional actual; esto es, en la Constitución de 1980 como contraposición a lo dispuesto en la Constitución de 1925.

Así las cosas, el Tribunal continúa con su interpretación en los siguientes términos:

“23°. Que, si reflexionamos con profundidad sobre las modificaciones introducidas por el Poder Constituyente a estas normas, las relacionamos dándole su prístino significado en una interpretación de contexto y armónica y traemos a colación

los principios de hermenéutica constitucional consignados en los considerandos sexto, décimo, decimosegundo, y decimotercero de esta sentencia, **fuerza es concluir que el artículo 82, N° 12º, de la Constitución únicamente se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria autónoma y, en cambio, aquellos fundados en la potestad reglamentaria de ejecución del Jefe del Estado están comprendidos en el numeral 5º del mismo artículo, cuando ellos vulneran la Constitución cualquiera que sea su causa o motivo, por las razones que se expresan en los considerandos siguientes”.**

Luego señala las características que deben poseer las leyes de bases consagradas en el último numeral del artículo 60 de la Constitución:

*“24º. Que, como puede apreciarse de la lectura del artículo 60, N° 20), de la Carta Fundamental, **este precepto está redactado en términos excesivamente amplios e indeterminados sin señalar directamente el contenido de aquello que debe ser materia de ley.** La disposición más bien precisa tres características formales, a saber: a) que sea “general”, b) que sea “obligatoria”; y, c) que “estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”, sin establecer cuáles son las materias de ese ordenamiento jurídico que comprende o a las cuáles se extiende. Como es fácil comprender, dado los términos amplios en que está concebida esta norma, a quienes corresponda aplicarla o interpretarla deberán actuar con extrema acuciosidad y como dice Lucas Verdú “con exquisito rigor”, ya que la exigencia de la certeza jurídica, principio fundamental de Derecho, así lo requiere”.*

Acto seguido se señala otra diferenciación fundamental para los efectos de comprender la categorización que realiza el Tribunal respecto de la potestad reglamentaria del Presidente, y cómo entiende que ésta se configura en la Carta Fundamental:

*“25º. Que, por su parte, el Poder Constituyente estableció en el artículo 32, N° 8º, de la Carta Fundamental, **dos clases de potestad reglamentaria: a) la “autónoma”** que es aquella que ejerce el Jefe del Estado y que reconoce como fuente inmediata la Constitución misma y que versa sobre materias que no sean propias del dominio legal, y b) “**la de ejecución”** destinada a facilitar, a dar debida aplicación a la ley y cuya causa directa es ésta y su origen mediato es la Carta Política”.*

Es necesario contextualizar la razón de esta argumentación por parte del Tribunal, puesto que está realizando, bajo sus propias palabras, una interpretación armónica de la Constitución. En primer lugar se refiere a los límites que ésta le impone a la ley, al señalarle los ámbitos en que debe desenvolverse, regulando de manera general, obligatoria y estatuyendo las bases del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, delimita la potestad del Presidente de la República, pero de manera amplia, al otorgarle un campo mucho más fecundo para su reglamentación que el que poseía bajo el mandato de la Constitución de 1925.

Continuando con el razonamiento del Tribunal:

“26°. Que, consciente el Poder Constituyente que dada la amplitud con que establecía en el número 20 del artículo 60 esta nueva materia de “reserva legal” y que había incorporado a la Carta la “potestad reglamentaria autónoma” que versaría sobre materias que no fueran de dominio legal, previó que podrían surgir conflictos entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, ya que se podría generar una zona o campo de materias en las que ambos Poderes del Estado se atribuyeran competencia para actuar”.

Aquí da otro paso en su argumentación, ahora refiriéndose a posibles conflictos entre poderes del Estado, los cuales está llamado a resolver, y que zanja de la siguiente forma:

“27°. Que, precisamente, para atenuar esos efectos e impedir que una cuarta parte de los parlamentarios de una rama del Congreso, entorpecieran injustificadamente el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma por la vía de cuestionar su constitucionalidad mediante permanentes requerimientos al Tribunal Constitucional invocando el artículo 82, N° 5°, de la Carta Fundamental, el Poder Constituyente, con la sabiduría que le es propia, confirió una nueva atribución a esta Magistratura, distinta y ajena de la señalada en el N° 5°, y estableció en el número 12°, que esta clase de conflictos se resolviera por este Tribunal; pero para asegurarse de que su empleo fuera más razonable, dispuso que esta atribución sólo podría ejercerla a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, apartándose completamente del criterio que había seguido en otras atribuciones respecto de las cuales, también, se permite requerir por la cuarta

parte de sus miembros e incluso en un caso por sólo diez parlamentarios en ejercicio (N°s. 2º,3º, 5º, 9º y 11º del artículo 82)”.

Es decir, el Tribunal, por vía de esta interpretación considera que posee dos tipos de competencia: una para conocer de los decretos dictados en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución, para lo cual es necesario sólo un cuarta parte de los miembros del Senado o de la Cámara; y otra para conocer de los decretos dictados en virtud de su potestad reglamentaria autónoma, en los que –dada su importancia y en respeto a la separación de poderes del Estado– es necesario que intervengan cualquiera de las dos cámaras actuando como un solo ente.

Finalmente, se establece lo siguiente como corolario a todo lo razonado precedentemente:

*“28º. Que, ante esta evidente realidad es inaceptable sostener que la atribución conferida en el N° 12º del artículo 82 es especial o excepcional respecto de la contenida en el numeral 5º. **Esto no es jurídicamente efectivo, porque ellas regulan dos situaciones o institutos enteramente distintos que obedecen a diferentes causas y persiguen diversas finalidades.** La primera, la del N° 12º, se refiere a los decretos dictados por el Presidente de la República en el ejercicio de la **potestad reglamentaria autónoma** que versen sobre materias que pudieren estar reservadas al dominio legal. La segunda, la del N° 5º, en lo pertinente, rige para los decretos emanados del Jefe del Estado, en virtud de la **potestad reglamentaria de ejecución**, que adolezcan de un vicio de inconstitucionalidad, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Es por ello que quienes pueden requerir en estos dos casos diversos sean titulares constitucionales distintos.*

Siguiendo este criterio, las normas en estudio tienen la “ratio legis”, ausente en la interpretación contraria, como se explicó en el considerando décimo de esta sentencia”.

Como conclusión, y tras señalar que el camino recorrido para llegar a la conclusión arriba reseñada, es más arduo que interpretar de una manera literalista la Constitución, el Tribunal señala que:

“30(...) Los razonamientos precedentes nos llevan a la conclusión que la interpretación contraria cercena de manera importante las atribuciones de esta Magistratura para velar por la supremacía constitucional de los actos de la Administración y altera el sistema de contrapesos de poderes en que se funda nuestra democracia, ya que priva a las minorías parlamentarias de ejercer un importante derecho para hacer efectivo el control de constitucionalidad sobre los decretos de ejecución de las leyes”.

Es decir, el Tribunal actúa como moderador dentro de los poderes del Estado, haciendo valer la supremacía constitucional.

Todo lo anterior se enmarca dentro del razonamiento del Tribunal con el fin de encontrar una interpretación coherente a esas dos normas, que pueden parecer incluso contradictorias. Sin embargo, dicha interpretación no fue unánime respecto de todos los ministros, puesto que hubo dos de ellos que discreparon en los siguientes términos:

“3°.Que lo señalado aparece particularmente claro del cotejo de los numerandos 5° y 12° del citado artículo 82, del que se desprende que ambos permiten decir de inconstitucionalidad de un decreto supremo. Pero en tanto el primero no indica motivo o causal específica del reclamo, el segundo hace precisa referencia a su inconstitucionalidad por invasión de la reserva legal.

Frente a la aparente discordancia de ambas normas y partiendo del supuesto del correcto raciocinio lógico del Constituyente, es necesario superarla aplicando el principio de la especialidad. De esta manera debe concluirse que una inconstitucionalidad que no sea reprochar al acto la invasión de la reserva legal, u otro quebrantamiento de la Carta específicamente contemplado en otros numerales de la misma disposición, puede ser reclamado invocando el apartado 5°. Pero si lo que se censura es precisamente la invasión de la aludida reserva legal, debe accionarse conforme lo preceptúa el numeral 12°.

5 ° Es importante destacar, en este mismo orden de ideas, que el artículo 82 ha sido particularmente cuidadoso y restrictivo al señalar quienes se encuentran, en cada caso, legitimados para accionar, no siendo lícita una interpretación extensiva o analógica. En la situación en examen la voluntad taxativa del legislador se transparenta aún más, cuando estatuye que el Tribunal “sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras...”.

En la doctrina de este voto de disidencia se puede apreciar claramente una disparidad respecto a los criterios interpretativos utilizados para llegar a las diferentes conclusiones. Mientras el voto de mayoría acude preeminentemente a una interpretación de carácter histórica, yendo a las motivaciones que se tuvieron en cuenta al momento de establecer las normas materias de la interpretación, el voto de minoría utiliza otro criterio, el de la especialidad, con el fin de concordar las dos normas en comento, el cual es también menos enrevesado que el voto de mayoría.

Una vez que el Tribunal analiza los fundamentos jurídicos por los cuales es competente para entrar a conocer del asunto sometido a su decisión, en un segundo orden de ideas analiza el fondo del requerimiento impugnado, cuyo problema principal es dilucidar qué criterio debe primar al revisar los decretos supremos dictados en virtud de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República a la luz de la Constitución vigente. Estos criterios pueden ser dos, y su importancia radica en la forma como el Tribunal entiende la función de su jurisdicción y los límites que posee en torno a las normas vigentes.

Así las cosas, el Tribunal en primer lugar deja en claro el control que realiza de las normas sometidas a su conocimiento:

*“38°. Que, como se advierte, **estas alegaciones miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación.** No es en consecuencia procedente que un requerimiento enderezado a que este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual.”*

Como se desprende claramente del considerando transcrito, el Tribunal entiende que su jurisdicción se extiende sólo al control abstracto de las normas

sometidas a su conocimiento, excluyendo el control de mérito de éstas, por emanar del órgano correspondiente.

Luego el Tribunal continúa con la doctrina expuesta en anteriores sentencias en relación a la pertinencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República para regular derechos establecidos en normas legales, pero siguiendo ciertos criterios predeterminados:

“40°. Que, en este sentido es necesario reiterar el criterio que ha sostenido este Tribunal en cuanto a que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal”.

El Tribunal se aboca luego a utilizar estos requisitos al caso sub lite, con el fin de decidir si se corresponde el reglamento con la norma legal:

*“45°. Que, ambas normas, en su aplicación conjugada, permiten restringir excepcionalmente la circulación vehicular por ciertas y determinadas vías públicas, siempre que hubiese “causa justificada”. Se pretende por el Poder Ejecutivo que la normativa restrictiva controvertida, tendría como “causa justificada” las razones ambientales que invoca, por lo que afirma su constitucionalidad, basada en las disposiciones legales recién señaladas. **Si bien es cierto que estas normas cumplen con el requisito de “especificidad”, en cuanto señalan la medida restrictiva que el reglamento puede adoptar, no ocurre lo mismo con el requisito de “determinación”, toda vez que explícitamente no se señala el derecho, constitucionalmente protegido, que pueda ser afectado”.***

Hasta este punto de la argumentación del Tribunal Constitucional se puede extraer claramente el razonamiento expresado por éste: el control que ejerce sobre las normas reglamentarias es únicamente abstracto, el reglamento puede regular derechos siempre que cumpla con ciertos estándares que el mismo Tribunal ha desarrollado a través de sus fallos y, por lo tanto, si el decreto impugnado no lo cumple debiera ser declarado inconstitucional.

Sin embargo y en un giro sorpresivo, el Tribunal decide lo siguiente:

*“46º. Que, acorde con lo expresado, si bien **las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de “determinación” de los derechos que podrán ser afectados y “especificidad” de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamental exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso sublite, esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y sólo para aplicación a él. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y preemergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8º del artículo 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1º de la Constitución”.***

Es decir, el Tribunal declara que sólo puede fallar acorde a un control abstracto de la norma y que el reglamento será constitucional si cumple con ciertos requisitos. Pero al momento de decidir falla teniendo a la vista juicios de mérito, faltando ostensiblemente a los criterios que él mismo se autoimpuso e incurriendo, a nuestro juicio, en una grave contradicción.

- Rol 370 “Estudio de Impacto Vial”

Materias Tratadas: Reserva legal

En esta sentencia el Tribunal continúa en la senda trazada por sus anteriores fallos, en orden a aceptar que la potestad reglamentaria del Presidente de la República puede regular en consonancia con la norma legal que le sirve de sustento, como lo deja en claro en el siguiente considerando:

*“DECIMOTERCERO. Que, para resolver acertadamente el problema que le ha sido planteado, este Tribunal debe analizar, con la extensión y profundidad indispensables, las características del sistema articulado en las disposiciones constitucionales señaladas, **dejando desde ya establecido que se trata de un régimen que armoniza el ejercicio de la potestad legislativa con su homónima reglamentaria, esta última en la especie o modalidad de potestad destinada a ejecutar los preceptos legales, dentro del marco trazado en la Carta Fundamental y ceñido a las ideas matrices contenidas en la ley cuyas normas se trata de llevar a la práctica (...)**”.*

Una vez establecida la relación ley-reglamento en nuestra Constitución, el fallo analiza la reserva legal en la Constitución de 1980, en los siguientes términos:

*“DECIMOCUARTO. Que en la concreción de la labor descrita, este Tribunal estima necesario puntualizar, primeramente, que **el principio de reserva legal, asociado con el dominio máximo fijado a la ley en el artículo 60 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. Pues bien, esa reserva y dominio legal máximo tienen significado claro, el cual se halla corroborado por la historia fidedigna respectiva, así como por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre ella, tratándose, en especial, de las limitaciones y obligaciones que pueden imponerse por la ley al ejercicio del dominio”.*

El Tribunal continúa con su exposición de la siguiente forma:

“DECIMOQUINTO. Que el estudio de las fuentes aludidas en el considerando precedente permite concluir que ellas coinciden en que el sistema de reserva y dominio

legal, imperante en la Constitución en vigor, se estructura con dos niveles de ejercicio de la potestad legislativa.

El primero de tales niveles de reserva está previsto en los artículos 32 N° 8 y 60 de la Constitución, siendo de alcance general y de común aplicación en todos los casos en que ella ha situado en el dominio de la ley la regulación de una materia.

En cambio, el segundo de aquellos niveles de reserva se halla contemplado en disposiciones constitucionales específicas, siendo necesario concluir que, en algunas de ellas, la reserva es más absoluta que en otras”.

Aquí realiza una diferenciación de la reserva legal en nuestra Carta Fundamental, señalando por un lado una cooperación entre la ley y el reglamento de carácter general, y por otro un ámbito mucho más restringido al reglamento en materias específicas, indicadas con ese carácter en la misma Constitución. Es decir, en palabras de él mismo: la reserva es más absoluta que en otras.

Establecida esta diferenciación, ahora cabe dilucidar respecto a qué derechos la regulación debe realizarse de manera más exhaustiva, y cuál es el papel de la ley en estos casos:

*“DECIMOSÉPTIMO. Que se desprende del considerando anterior que, **cuando la Carta Fundamental ha previsto la reserva legal con carácter más absoluto**, la regulación del asunto respectivo por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica;*

*DECIMOCTAVO. Que en la situación recién explicada **el Poder Constituyente exige el desempeño de la función legislativa con un grado mayor de rigurosidad en la amplitud de la temática regulada**, minuciosidad de la normativa que dicta, profundidad o grado de elaboración en los textos preceptivos que aprueba, pronunciamientos sobre conceptos, requisitos, procedimientos y control de las regulaciones acordadas y otras cualidades que obligan a reconocer que, el ámbito de la potestad reglamentaria de ejecución, se halla más restringido o subordinado;*

*DECIMONOVENO. Que abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, **el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y***

permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica”.

Como en otros fallos citados, el Tribunal avanza en su argumentación de lo general a lo particular, para ahora entrar a referirse al tema en cuestión, esto es, el derecho de propiedad y su regulación en la Carta Fundamental, enfocándose en el carácter de la reserva respecto a este derecho:

“VIGESIMOPRIMERO. Que la regulación legislativa del ejercicio del derecho de propiedad se halla, en variados aspectos, sometida al principio de reserva y dominio legal, en el sentido dual o copulativo que ha sido explicado, es decir, tanto en sus disposiciones comunes o generales, previstas en los artículos 32 N° 8, 60 y 19 N° 26 de la Constitución, como en sus preceptos específicos (...).”

VIGESIMOSEGUNDO. Que, obviamente, donde la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva ese principio, excluyendo, o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia. En consecuencia y con análogo sentido de estricto rigor deberá ser interpretada y aplicada la norma general de la Constitución que contempla tal potestad reglamentaria de ejecución, porque no puede ser regulado a través de ella cuanto, reiterada y claramente, el Poder Constituyente ha confiado, con cualidad privativa e indelegable, al dominio de la ley.

VIGESIMOTERCERO. Que la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio. Sin embargo, menester es precisar que ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o

adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”.

En los considerandos citados el Tribunal describe la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República y cómo ésta se relaciona con la ley, otorgándole un carácter más bien secundario o de mero detalle, y explicando cómo la ley debe contener dentro de sus enunciados un detalle más preciso respecto de la materia que regula. Aun más, esta regulación exhaustiva se convierte en imperativo tratándose de ciertos derechos que la Constitución regula con más precisión, como el caso del derecho de propiedad.

Continuando con la regulación del derecho de propiedad, más adelante en la misma sentencia en comento, el Tribunal utiliza un concepto que no había reseñado anteriormente: el de la densidad normativa.

*“TRIGESIMOPRIMERO. Que establecer, crear o instituir una obligación que afecte al dominio presupone, lógica e ineludiblemente, que el legislador no se limite a ello sino que, además, la configure en sus aspectos y elementos definitorios o característicos, trazando, **con adecuada densidad normativa**, en qué consiste el deber que impone, cuál es el motivo de función social que lo justifica, cuáles son sus delimitaciones, sobre la base de qué supuestos fácticos se torna procedente exigirla, cuál es la autoridad competente para llevarla a efecto y controlarla, a quiénes y por qué motivos se les exime de ella, etc.;*

*TRIGESIMOSEGUNDO. Que cumplir, entera y satisfactoriamente con el mandato constitucional trazado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo, significa que **el legislador debe precaver hasta los indicios de una deslegalización constitucionalmente prohibida**, evitando incurrir, por ende, en meros enunciados normativos, en disposiciones abiertas, en suma, en normas carentes de la determinación y especificidad que (...), son requisitos esenciales para que la potestad reglamentaria de ejecución se halle legítimamente habilitada”.*

Una vez más, el Tribunal utiliza los criterios de determinación y especificidad para determinar si un reglamento se ajusta o no a la Constitución, pero en este caso agrega también el criterio de la densidad normativa de la norma legal que le sirve de presupuesto al reglamento, ya que si no es suficiente, entonces el reglamento regularía materias para las cuales no está llamado a regular.

El Tribunal señala también ciertos criterios no taxativos, que la ley debe cumplir para adecuarse correctamente a la reserva legal, sin desnaturalizarla:

“TRIGESIMOCUARTO. Que, en el cumplimiento de esa labor normativa, el legislador tiene que llegar al desarrollo de los principios y normas que dicta con un nivel de minuciosidad mayor que tratándose de materias en que la reserva legal es común u ordinaria. Respetando los criterios de generalidad, abstracción, igualdad, carácter innovador y cualidad básica que singularizan a la ley en el sistema jurídico, al legislador le corresponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se imponen al dominio con motivo de la función social que ha de servir”.

Siempre refiriéndose al derecho de propiedad, materia del caso (pero extrapolable a otros derechos constitucionales), el Tribunal razona de la siguiente forma respecto de la densidad normativa que debe poseer la norma legal:

*“TRIGESIMOQUINTO. Que, consiguientemente, sin llegar al extremo de dictar reglas específicas o nominativas, la Constitución requiere del legislador, en su artículo 19 N° 24 inciso segundo, armonizado con el numeral 26° del mismo artículo, que **configure un ordenamiento con densidad normativa suficiente, tanto sustantiva como formalmente entendida**, de manera que no pueda después el proyecto o la ley respectiva, ser objeto de una habilitación excesiva a favor de la potestad reglamentaria de ejecución o, más grave aún, a raíz de tratarse de una deslegalización, siempre contraria a la Carta Fundamental por hallarse en ella prohibida*

*TRIGESIMOSEXTO. Que las características de la ley, varias de las cuales han sido mencionadas, deben ser conciliadas con la mayor elasticidad, flexibilidad, adaptabilidad o posibilidades de modificación que singularizan a la potestad reglamentaria. Sin embargo, **resulta constitucionalmente insostenible que, en aras***

de preservar esa flexibilidad del reglamento supremo, se llegue a situaciones en que ya no se trata de ejecutar, llevar a la práctica o implementar, en concreto, los preceptos legales porque estos son reales enunciados en blanco, sin la especificidad que exige el Código Político. Esto, además, suscita el reparo constitucional consistente en aumentar la discrecionalidad administrativa en la misma medida que se afecta en su esencia el valor de la certeza o seguridad jurídica”.

En resumen, en esta sentencia el Tribunal comienza aceptando y validando que el reglamento pueda regular derechos a través de la ley que lo autoriza. Pero a medida que efectúa un análisis de las normas constitucionales y legales que norman estos derechos, también establece criterios o estándares que tanto las leyes como los reglamentos que las ejecutan deben cumplir. De esta forma, además del de determinación y especificidad, agrega el criterio de la densidad normativa, que no es más que afirmar que la ley debe regular, en ciertos casos en que la reserva legal es más estricta, con mayor detalle los derechos, para no dejarlos al arbitrio de la potestad reglamentaria.

Finaliza el fallo dirimiendo el asunto de la siguiente forma:

“CUADRAGESIMO. Que la legislación referida contiene disposiciones generales y enunciados muy amplios, en los cuales se confiere competencia a los órganos administrativos correspondientes, pero que, en ligamen con la reserva legal, precisa y vigorizada prevista en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la Constitución, para establecer las obligaciones del dominio que derivan de su función social, deben ser calificadas de inexistentes o, al menos, de insuficientes. Por lo anterior, ha de concluirse que el decreto supremo N° 1, en estudio, carece de la habilitación legal necesaria para su dictación, razón por la cual esta Magistratura debe declararlo inconstitucional”.

- **Rol 373-2003 “Áreas Verdes”**

Materias tratadas: Reserva legal

Si bien el Tribunal en este caso no innova los criterios establecidos en su jurisprudencia respecto a la reserva legal y al límite impuesto al reglamento para regular, profundiza en ciertos aspectos interesantes para el estudio de esta materia.

En primer lugar declara cumplido el requisito de habilitación legal, previa y suficiente utilizado en la sentencia Rol N° 370-2003, en los siguientes términos:

*“DECIMOSEXTO. Que, consecuente con lo expuesto en el considerando anterior, el Tribunal desprende otra conclusión, esto es, **que se halla cumplido el requisito de la habilitación legal, previa y suficiente, que la Constitución exige, en sus artículos 32 N° 8 y 60, para que sea ejercida la potestad reglamentaria de ejecución respetando el principio de reserva legal, todo en ligamen con las áreas verdes definidas en un Plan Regulador Comunal (...)**”.*

A estas alturas del camino recorrido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, queda claro que se acepta de forma unánime que los reglamentos dictados por el Presidente de la República regulen derechos en consonancia con la ley que los habilita. Ahora la tarea es definir hasta qué punto lo pueden hacer y bajo qué modalidades, sin afectar aquellos derechos en su esencia y tampoco invadir el campo del legislador.

En segundo lugar indaga en la adecuación del decreto impugnado a la ley:

*“VIGÉSIMO. Que corresponde ahora detenerse en el examen de la legislación transcrita, siendo el propósito de tal labor **constatar si el decreto supremo N° 66, cuya constitucionalidad ha sido controvertida, se ajusta o no a la característica que le impone la Carta Fundamental, esto es, que se atenga al rol de la potestad reglamentaria subordinada, la cual es sólo ejecutiva de las leyes y siempre dependiente de lo que dispongan o preceptúen éstas últimas con antelación**”.*

Con el fin de decidir si el decreto se adecúa a los fines establecidos en la respectiva norma legal que le sirve de sustento, el Tribunal hace uso del principio de razonabilidad (utilizada en sentencias anteriores, por ejemplo el Rol 253-1997), en la siguiente forma:

“VIGESIMOTERCERO. Que el principio de razonabilidad, sostenido reiteradamente por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia de 28 de julio de 1998, Rol N° 276, confirma lo resuelto en el considerando precedente, pues resulta adecuado a la finalidad perseguida por las leyes y proporcionado como medio idóneo para lograrla (...).”

- Rol 388-2003 “Regulación de transporte público”

Materias tratadas: Reserva legal

En sintonía con lo resuelto en las sentencias inmediatamente anteriores, aquí el Tribunal utilizó criterios ya presentes en otras de sus sentencias: el de la habilitación legal, previa y suficiente, junto con los requisitos de determinación y especificidad.

*“SEXTO: Que, en consecuencia, es menester examinar el contenido de las fuentes legales más relevantes, que habrían facultado la dictación de la preceptiva reglamentaria cuestionada, con el propósito de establecer si el Decreto Supremo N° 56, **contiene o no la correspondiente contrapartida legal, previa y suficiente**, que exige la Carta Fundamental en relación con el dominio legal, por una parte, y la potestad reglamentaria del Presidente de la República que lo habilite para ejecutarlas, por la otra”.*

*DECIMOSEPTIMO: Que en este mismo orden de ideas, es oportuno reiterar que esta Magistratura ha expresado en sentencia anterior, **que las disposiciones legales que restrinjan determinados derechos, deben reunir los requisitos de “determinación” y de “especificidad”**; el primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen en forma concreta en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad y que cumplidos que sean dichos requisitos será posible y lícito que se haga uso de la potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando en los aspectos instrumentales, la norma para ser así posible el mandato legal (sentencia de 26 de junio de 2001, Rol N° 325)”.*

Tras citar su jurisprudencia establecida, el Tribunal enfrenta al reglamento impugnado con la norma legal que le sirve de antecedente:

DECIMOCTAVO: (...) no es la norma reglamentaria cuestionada la que, en forma autónoma y sin respaldo legal, faculta la restricción de determinados derechos o garantías, como lo exigen los números 8, 21, 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución, sino que es la propia ley habilitante la que autoriza a la potestad reglamentaria para pormenorizar tales restricciones, en aras del interés social superior, tal como lo requiere la Carta Fundamental, de manera que en la especie tales garantías no han podido ser vulneradas”.

Finalmente, el Tribunal sentencia que la norma reglamentaria se encuentra acorde con la ley habilitante.

Este caso se enmarca dentro de un cúmulo de sentencias en las cuales el Tribunal, ya habiendo aceptado de forma consistente que el reglamento regule derechos en consonancia con la ley, entra a discutir hasta qué punto le es permitido hacerlo sin caer en una flagrante violación a la Constitución.

- **Rol 450-2005 “Derogación Reglamento revisores independientes”**

Materias tratadas: Control Abstracto y Concreto

Este fallo es interesante desde dos puntos de vista. En primer lugar porque el Tribunal estima que sólo puede ejercer un control abstracto de las normas sometidas a su conocimiento, por lo que considera que carece de atribuciones para conocer del requerimiento:

*“Cuarto: Que, en efecto, no corresponde a esta Magistratura entrar a conocer y pronunciarse sobre casos o situaciones contingentes o de hecho, derivadas de una interpretación equivocada de cierto texto reglamentario. **Antes y por el contrario, la misión del Tribunal consiste en efectuar una confrontación abstracta de normas para constatar si vulneran la Constitución o están de acuerdo con ella.** Por eso y de manera alguna, le incumbe hacerse cargo de la interpretación dada a una determinada norma integrante de nuestro ordenamiento positivo, ya sea que dicha interpretación emane de la Justicia Ordinaria o de la Administración del Estado, centralizada o descentralizada, incluidas las Municipalidades”.*

El Tribunal es claro respecto al tipo de control que ejerce sobre las normas que son puestas en su conocimiento, por lo que aplica correctamente el criterio (a diferencia de lo ocurre en otros casos, como Catalíticos).

Por otro lado, el voto de minoría considera que el Tribunal debe igualmente conocer del requerimiento, por cuanto se le aplica la norma general de la inexcusabilidad de la judicatura, con la que mal podría dejar de conocer un caso sometido a su decisión si los legitimados activos actuaron correctamente.

*“2º. Que esta Magistratura ha sido requerida por actores que tienen legitimidad para actuar en este proceso constitucional y **por lo tanto debe aplicar la regla de la inexcusabilidad contemplada en el artículo 73**, inciso segundo, cuando señala que “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”, y reiterada por el artículo 3º, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, lo que constituye un elemento esencial del debido proceso constitucional”.*

La importancia de estos dos considerandos queda patente en sentencias posteriores del Tribunal en donde, como se verá, aplicará las mismas normas de una manera diferente.

- **Rol 465-2006 “Reglamentación de requisitos para reconocimiento oficial a parvularios”**

Materias tratadas: Reserva legal – Control Abstracto y Concreto

Esta sentencia es importante por cuanto es la primera dictada luego de la gran reforma constitucional del año 2005, que entre otras cosas añadió y fortaleció las atribuciones del Tribunal Constitucional en materia de control. El mismo fallo comienza citando algunas de estas modificaciones:

“Primero: Que, de conformidad con lo preceptuado en el N° 16 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, es atribución de este Tribunal Constitucional: **“Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.”**. Agrega la citada disposición constitucional, en su inciso decimonoveno, lo siguiente: *“En el caso del número 16°, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.”*

Continuando con la doctrina trazada en los fallos anteriores, el Tribunal en primer lugar constata si el decreto supremo impugnado posee la suficiente habilitación legal previa y suficiente, declarándolo en la siguiente forma:

*“Décimo noveno: Que como corolario de cuanto se ha venido reflexionando en los considerandos anteriores, este Tribunal necesariamente debe concluir que la norma reglamentaria contenida en la letra e) del artículo único del decreto supremo N° 181 se ha limitado a reglamentar lo ya establecido en la norma legal de cuya reglamentación se trata, **por lo que cumple el requisito de habilitación legal previa y suficiente que la Constitución exige en sus artículos 32 N° 6 y 63 para que la potestad reglamentaria subordinada de ejecución pueda ser ejercida legítimamente, por lo que procederá a desechar el presente capítulo de inconstitucionalidad y así se declarará”**.*

En relación a otro capítulo de constitucionalidad sometido a su decisión, el Tribunal nuevamente reafirma su posición respecto al tipo de control que ejerce sobre las normas sometidas a su conocimiento, el cual es de carácter eminentemente abstracto:

*“Vigésimo segundo: Que, como una cuestión previa a la resolución de las infracciones planteadas en este capítulo, **el Tribunal debe recordar lo que ha sido su jurisprudencia constante en cuanto a ceñirse estrictamente al examen jurídico del asunto sometido a su decisión, excluyendo cualquier consideración de***

mérito, oportunidad o conveniencia, por lo que omitirá cualquier pronunciamiento sobre las objeciones de esa naturaleza que el requerimiento formula al fundamentar el presente capítulo de inconstitucionalidad”.

Ahora bien, siguiendo con su argumentación respecto a los requisitos que debe cumplir el decreto impugnado para ser declarado acorde a la Constitución, el Tribunal acude una vez más a los test de determinación y especificidad para declararlo conforme a la Constitución Política. De la misma forma, concluye lo siguiente:

“Vigésimo octavo: Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, no puede sino concluirse que, al reglamentar el requisito contemplado en la letra c) del artículo 24 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, el Presidente de la República ha ejercido legítimamente su potestad reglamentaria subordinada de ejecución, limitándose a dar cumplimiento al mandato legal establecido en el inciso final de la citada disposición, no correspondiendo a esta Magistratura examinar la legalidad del acto administrativo mediante el cual cumplió el referido mandato, ni pronunciarse sobre el mérito o conveniencia de la forma en que lo hizo”.

Finalmente, sentencia a favor de la constitucionalidad del requerimiento en el siguiente tenor:

“Trigésimo noveno: Que, de lo relacionado en los considerandos precedentes debe concluirse que las cuestionadas letras i) y r) del decreto supremo N° 181, al limitarse a reproducir disposiciones legales en vigor sin innovar ni incorporar regulaciones adicionales, carecen de elementos sustantivos que sirvan de apoyo para fundar alguna causal de inconstitucionalidad, por lo que este capítulo de impugnación también deberá desestimarse y así se declarará”.

En conclusión, el Tribunal continúa aplicando criterios o test con el fin de dilucidar si el decreto objeto de impugnación y sometido a su conocimiento se encuentra acorde o no con la Constitución.

- **Rol 591-2007 “Píldora del día después I”**

Materias Tratadas: Requisitos de forma

Al principio de este capítulo se señaló que en el análisis realizado a las sentencias del Tribunal Constitucional se utilizaría un criterio preeminentemente jurídico. Sin embargo, al referirnos a este fallo en particular y a su secuela (Píldora del día después II), así como a los fallos denominados Transantiago I y II, resulta insoslayable reconocer el alto impacto social y mediático que han conllevado, dada la importancia de los temas tratados. Específicamente en el caso de los fallos píldora del día después, al versar sobre un asunto tan controversial.

Es por ello que en el análisis de estos casos entran en juego las convicciones internas de los miembros del Tribunal y la presión que se ejerce desde la sociedad, aunque en principio no debieran ser relevantes para una correcta resolución de las materias sometidas a su conocimiento y fallo.

Ahora bien, entrando al análisis del fallo en concreto, es necesario reseñar en primer lugar que lo que se impugna en este caso no es un decreto supremo dictado en virtud de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, sino que una resolución exenta dictada por la Ministra de Salud, que no se encuentra dentro de la competencia reglada del Tribunal dispuesta en el artículo 93 de la Constitución.

En consecuencia el Tribunal, antes de entrar de conocer del fondo del requerimiento, analiza si efectivamente la norma sometida a su conocimiento es de aquellas para las cuales posee competencia, es decir, si cumple con los requisitos de forma mandados por la Constitución.

Así las cosas, el voto de mayoría comienza justificando su decisión en los siguientes términos:

“TERCERO: *Que antes de entrar al examen de la cuestión planteada forzoso es tener presente que, desde 1970, el ordenamiento constitucional chileno ha previsto un sistema de solución de conflictos constitucionales -recientemente reforzado con la*

reforma de 2005- que está radicado en este Tribunal Constitucional, al cual se ha encomendado la interpretación definitiva e inapelable de la Constitución, interpretación que debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental, a fin de asegurar la vigencia efectiva de la supremacía constitucional, que es la que garantiza, en definitiva, la eficacia del Estado constitucional de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas (...).

(...) Es, en consecuencia, deber de esta Magistratura examinar la cuestión que se le plantea, verificando la calificación jurídica del acto administrativo impugnado y, si concluye que se cuenta entre las materias de su competencia, resolver el conflicto, mediante un debido proceso constitucional, restableciendo la supremacía de la Constitución, en caso de que ella haya sido quebrantada. Proceder de otra manera careciendo de una justificación más allá de toda duda razonable para hacerlo, dejando este conflicto sin resolverse, significaría abdicar gravemente de la primera responsabilidad que cabe al titular del sistema de solución de conflictos de constitucionalidad que ha previsto nuestra Carta Fundamental, además de constituir un incumplimiento inexcusable del deber que el artículo 6° de la Constitución impone a todo órgano del Estado de garantizar el orden institucional de la República”.

El voto de mayoría justifica su decisión de conocer el requerimiento aludiendo a la regla de inexcusabilidad de los tribunales, misma regla a la cual hizo caso omiso en una sentencia anterior, tal como lo señaló el voto de minoría,²³² entrando después a calificar la norma impugnada.

Luego, argumentando el fundamento de su competencia, expresa lo siguiente:

“OCTAVO.- Que en relación a la cuestión planteada en el título anterior sobre la competencia, se debe reiterar que este Tribunal Constitucional es el llamado a decidir los conflictos constitucionales, mas dentro del sistema concentrado y compartido sólo le corresponde decidir aquellos que estén expresamente entregados a su competencia.

(...)La jurisdicción constitucional se proyecta así como una de las garantías básicas del Estado constitucional de Derecho. El poder público en todas sus manifestaciones — Estado legislador, Estado administrador y Estado juez— debe

²³² Rol 450-2005.

someter su quehacer a la Constitución. La jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos, entre otros, las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete.

No obstante, es restringida y sólo se refiere a las materias relativas a los conflictos tipificados por la Constitución Política de cada país y sus leyes complementarias y que sean de competencia de los tribunales constitucionales (...).

Después de reafirmar que su competencia sólo se limita a la que expresamente le señala la Constitución, se refiere al tipo de control que ejerce sobre las normas sometidas a su conocimiento como uno de tipo abstracto, como contrapartida a uno de mérito:

“NOVENO: Que constituye un elemento esencial de este análisis la consideración que lleva a concluir **que la competencia constitucional limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad. Ello implica que su competencia excluye un pronunciamiento acerca de lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado.** Con esta doctrina coinciden la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Francia, Alemania, Italia, España y Chile y la comparten las opiniones de distinguidos procesalistas y constitucionalistas.

Su aplicación se traduce en que el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. **De una parte, debe velar por que la ley o el decreto no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los otros tribunales de la organización de justicia.**

Lo expresado demuestra la gravedad de la decisión y la consiguiente necesidad de contar con reglas claras y precisas de competencia.

Tanto el legislador como el administrador se encuentran sujetos al marco que fija la propia Carta Fundamental. **El Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley o el acto administrativo, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales.**

En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u

otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido”.

Es decir que su función primordial no es calificar el mérito de la norma impugnada, pues ello le corresponde al órgano que lo dicta, ya sea la administración o el poder legislativo. Antes bien debe contrastar dicha norma con la Constitución y velar porque se ajuste a ella- Proceder de otro modo significaría una violación de la Carta Magna por el órgano llamado a custodiar sus preceptos.

Posterior a este razonamiento el voto de mayoría se cuestiona si es pertinente recalificar normas que nominalmente no se encuentran dentro del ámbito de su competencia, pero que de fondo sí serían normas justiciables por la jurisdicción constitucional:

*“**DÉCIMO:** Que dentro del marco normativo constitucional y la doctrina recopilada **debe decidirse si está dentro de la competencia del Tribunal Constitucional el recalificar los actos administrativos como una forma de atraerlos a la esfera de su competencia, o si, por el contrario, el sistema contempla otras vías constitucionales que logren dicho propósito.** Entre éstas podría citarse el artículo 52 de la Carta Fundamental, y además el artículo 20, que establece el amparo de garantías constitucionales”.*

Finaliza esta línea argumentativa en el siguiente tenor:

*“**DECIMOTERCERO:** Que, en este contexto, una resolución que contiene materias propias de un reglamento, cualquiera que sea el nombre que se le coloque, es de competencia privativa del Presidente de la República, y así deberá declararlo esta Magistratura”.*

Una vez que deja en claro el carácter de justiciable de la resolución impugnada, el Tribunal se aboca a esclarecer la naturaleza jurídica y las características de las resoluciones y de los decretos supremos, para luego declarar si se ajusta o no, en sus requisitos de forma, a la Constitución. Es por esto que a continuación de citar las

normas constitucionales y legales relativas a los decretos supremos, las resoluciones e instrucciones emanadas en sede administrativa, concluye lo siguiente:

“VIGESIMO: Que fluye de los preceptos referidos o transcritos una serie de conclusiones, las cuales aparecen resumidas a continuación: Primera, la Constitución radica, única y excluyentemente, en el Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, prohibiendo delegar tal ejercicio cuando se trate de reglamentos o decretos supremos reglamentarios; segunda, la Carta Fundamental permite al Primer Mandatario, cuando así lo disponga por escrito y previamente, delegar el desempeño de esa potestad, pero sólo tratándose de decretos supremos e instrucciones, nunca de reglamentos; tercera, tal delegación cabe siempre que sea efectuada de conformidad con las normas que la ley establezca para ese efecto, de modo que se trata de una decisión reglada y no discrecional, y cuarto, que a los Ministros de Estado les corresponde proponer las políticas nacionales, las que en todo caso deberán ser de competencia final del Presidente de la República”.

Estas conclusiones del Tribunal son muy importantes para entender el papel que se le asigna a los decretos supremos dentro del entramado constitucional y de qué manera son un vehículo de la voluntad del Presidente para tratar temas en conjunto con la ley. Es por ello que dilucidar sus requisitos de forma y la diferenciación que poseen respecto de otras normas jurídicas infralegales resulta tan necesario.

Luego el voto de mayoría recopila y cita diversas definiciones de autores nacionales sobre las características fundamentales de los decretos y las resoluciones, con el fin de compararlos y a la vez diferenciarlos. En el considerando siguiente se refiere a los diferentes controles a los que pueden ser sometidas estas normas dependiendo de su jerarquía:

*“VIGESIMOCUARTO: Que, por último, los actos administrativos explicados se hallan sometidos a controles diversos según su jerarquía. **Así, los decretos reglamentarios deben ser siempre revisados mediante el control preventivo denominado toma de razón, practicado por la Contraloría General de la República.** En cambio, los simples decretos supremos, las resoluciones y las instrucciones pueden ser eximidos de ese trámite, con las exigencias de resguardo*

previstas en la ley, esto es, en el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República”.

Al igual que en sentencias anteriores en que el Tribunal configura un marco teórico-doctrinario de carácter general para luego aplicarlo al requerimiento en cuestión, una vez definido lo que entiende por decreto y por resolución, procede a desentrañar la naturaleza jurídica de la norma requerida.

“VIGESIMOCTAVO: Que, en relación con el sentido y alcance de tales “Normas”, pertinente es observar que son de aplicación general para los órganos públicos y la población involucrada, rasgo que debe ser asociado a la índole imperativa u obligatoria que tienen para los destinatarios de ellas, siendo menester añadir la agrupación sistemática de la multitud de disposiciones incluidas en el extenso texto que las contiene y sus anexos.”

Finalmente, el Tribunal le otorga la naturaleza jurídica de decreto supremo a la resolución impugnada:

*“TRIGESIMOTERCERO: Que lo razonado en considerandos anteriores, incluidas las opiniones de destacados tratadistas que forman parte de este proceso, y de la simple lectura de la resolución exenta impugnada, es posible concluir que, en realidad, **reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario, pero sin cumplir con las exigencias que la Constitución ha previsto para que sea tal.***

*En efecto, ese acto administrativo contiene un conjunto de normas; cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado. Sin embargo, tal Resolución Exenta carece de las demás exigencias que la Constitución contempla para los decretos supremos reglamentarios, porque fue dictada por la Ministra de Salud, en circunstancias que hacerlo se halla prohibido, pues correspondía que fuese suscrita por la Presidente de la República y, además, debió ser sometida previamente al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República, atendida su naturaleza esencialmente reglamentaria. Habiéndose omitido estos dos requisitos esenciales para la formación válida de un reglamento, **fuerza es concluir que la Resolución Exenta Nº 584 quebranta la Constitución, en su aspecto formal, lo que así será declarado por este Tribunal.***

De este modo la referida resolución resulta ser más bien, desde un punto de vista material, esto en cuanto a su contenido, como señala la doctrina italiana, una “falsa resolución” o más propiamente una “resolución de carácter reglamentaria”.

En conclusión, y para terminar de analizar el voto de mayoría, el Tribunal *atrae* a su competencia reglada una norma jurídica emanada de la administración modificando su naturaleza jurídica con el fin de justiciarla, para lo cual debe interpretar dicha norma, pero sin siquiera saber si es competente para conocerla, lo que en todo caso pareciera ser un contrasentido. Sin embargo, después de un largo razonamiento sentencia que le corresponde conocer del requerimiento y, aún mas, declarar inconstitucional el decreto.

Por otro lado, cuatro ministros disintieron del voto de mayoría. Para el Ministro Colombo el acto administrativo se encuentra acorde con la ley que lo mandata, mientras que para los Ministros Vodanovic, Correa Sutil y Fernández Fredes, el Tribunal no es competente para conocer de resoluciones.

En primer lugar, el voto disidente del Ministro Colombo se centra en lo que ha sido la doctrina permanente del Tribunal en materia de relación ley-reglamento, configurándose ambos como un todo jurídicamente armónico, tal como se señala en sentencias como Cesiones Gratuitas. El Ministro Colombo concluye lo siguiente:

“QUINTO.- *Que contrastando el acto administrativo con la normativa legal en que se enmarca, cabe concluir que **se encuentra acorde con la misma, en armonía y concordancia con ella.***

SEXTO.- *Que con estos antecedentes cabe concluir entonces que el acto administrativo impugnado es un mero acto de ejecución del DFL 1, enmarcado dentro del mismo, y que no es contrario a la constitución, **quedando de manifiesto entonces que si la impugnación de constitucionalidad de este proceso sobrevive a dicho análisis, lo que en realidad se estaría impugnando entonces es el conjunto de preceptos legales que habilitan a la autoridad competente para dictar el acto impugnado”.***

En segundo lugar, en el voto de los Ministros Vodanovic, Correa Sutil y Fernández Fredes se argumenta en otro sentido, cual es que el Tribunal exorbitaría sus facultades al fallar sobre normas jurídicas para los cuales no posee competencia alguna:

*“1. Que las señoras y señores Diputados requirentes solicitan a esta Magistratura declarar inconstitucional una resolución suscrita por la Sra. Ministra de Salud. **Ni en el numeral 16 del artículo 93 de la Constitución, que invocan los requirentes, ni en ningún otro precepto, la Carta Fundamental ha otorgado competencia a este Tribunal para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de resoluciones a requerimiento de parlamentarios.** En consecuencia, a este Tribunal le está vedado decidir sobre esta materia. Los argumentos que se han dado para sostener que la resolución impugnada es, en verdad, un decreto supremo, carecen de fundamento, según se analizan, uno a uno, en este voto disidente. Las imputaciones que hacen los requirentes respecto a que el contenido de la resolución vulnera derechos fundamentales, como son el derecho a la vida y el derecho preferente de los padres a la educación de sus hijos, constituyen cuestiones relevantes al imperio de la Constitución; **pero el mismo orden institucional exige que los órganos del Estado, incluido este Tribunal, se mantengan dentro de su competencia, aun en el caso de existir circunstancias extraordinarias. El hecho de no haber funcionado otros controles preventivos, previstos por el ordenamiento jurídico para el examen de juridicidad de las resoluciones, tampoco habilita a esta magistratura para emprender tareas que no le corresponden. Las deficiencias que puedan existir en el sistema jurídico para alcanzar el pleno respeto de la Constitución no pueden corregirse por la vía de que este Tribunal, garante de la Constitución, exorbite su competencia, pues ello infringe la Constitución que se trata de resguardar. Las normas sobre competencias no constituyen una formalidad, ni pueden ser despreciadas como un literalismo, pues son el modo en que se distribuye y limita el poder en el Estado.***

Sin esas reglas de competencia el poder se concentra, en riesgo de la libertad. Convencidos como estamos, por las razones que se exponen en los considerandos siguientes, que no tenemos competencia para entrar en esta materia, consideramos nuestro deber atenernos nosotros mismos a la Constitución. El celo por procurar que otros respeten la Constitución no nos permite hacer declaraciones para las que no somos competentes”.

Se transcribió el considerando completo por la importancia que tiene esta declaración, ya que claramente nos presenta una posición doctrinaria definida en relación al lugar que le corresponde al Tribunal Constitucional dentro de los órganos estatales establecidos en la Constitución y sus funciones como garante de la misma. Asimismo, deja entrever los riesgos que significa que éste se extralimite en sus funciones, pasando de este modo a coartar libertades.

El argumento que se entrega para desestimar el requerimiento y declararse incompetente es el siguiente:

“2. La Constitución y la ley distinguen con claridad los decretos supremos y las resoluciones. Si bien la Constitución no define estos términos, claramente no los confunde (...). En consecuencia, la Carta Fundamental nos obliga a no confundir la potestad reglamentaria con las diversas normas en que su ejercicio se manifiesta y, específicamente, a distinguir entre decretos y resoluciones. Al no estar definidas constitucionalmente estas fuentes, no podemos apoyarnos en la Carta Fundamental para decir cuál sea una y cuál otra. Por su parte, la ley define los decretos supremos y las resoluciones en una norma que no aparece contraria a la Constitución y a la cual debe atenerse este Tribunal. El artículo 3º de la Ley Nº 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, define el decreto supremo como la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia, y a la resolución como el acto de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. La norma es clara: la distinción entre los decretos y las resoluciones no radica en el contenido de ellos, ni en su naturaleza (análoga según el propio precepto), sino en quién los suscribe. (...).”

Aun más, utiliza la misma doctrina mencionada en el voto de mayoría para precisar que la distinción entre decreto supremo y resolución radica específicamente en el ente emisor, por lo que sería improcedente centrar esa distinción en otras características, lo que le permite concluir al Tribunal que no es competente. Así señala como corolario de todo lo descrito lo siguiente:

*“5. En suma, la teoría de la realidad, empleada por el fallo del que disentimos, siendo una herramienta útil del derecho, no sirve para cualquier fin. Desde luego, **no sirve para cambiar el rótulo de una categoría jurídica o continente de normas que no se define por el contenido de la norma ni por sus características, sino por el órgano del que emana.***

*En segundo lugar, **no sirve para transformar en otra norma a aquellas que contienen preceptos que van más allá de lo permitido, pues ello implica desconocer que el derecho establece otros efectos (inaplicabilidad o invalidación) para las normas que se dictan excediendo los marcos formales o materiales establecidos para ellas por normas de superior jerarquía. Las nulidades sólo pueden ser declaradas por Tribunales competentes, que son diversos para cada tipo de normas”.***

- **Rol 740-2008 “Píldora del día después II”**

Temas tratados: Control Abstracto y Concreto

Como ya vimos en la sentencia denominada Píldora del día después I, el Tribunal acogió en votación dividida el requerimiento presentado por los parlamentarios, declarando inconstitucional por vicios de forma una resolución dictada por la Ministra de Salud que distribuía la llamada píldora del día después. Pues bien, posterior a esa declaración, y conforme a lo señalado por el Tribunal, se dictó por orden de la Presidenta de la República un decreto supremo distribuyendo este medicamento.

Es contra este decreto que se dirige el requerimiento analizado a continuación. En primer lugar, el Tribunal se refiere a una cuestión previa muy importante, cual es si el control que ejercerá sobre el decreto será de carácter abstracto o concreto, pues dependiendo de ello se resolverá si es procedente o no su análisis:

“NOVENO: *Que la Constitución Política, al facultar al Tribunal Constitucional para resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, lo ha hecho en términos amplios. Así, el control se extiende tanto a los decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma como a los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, sean éstos de efectos*

generales o particulares, y respecto a la causa que hace procedente el control, la Constitución señala de modo explícito que el Tribunal tiene competencia para conocer de la cuestión de constitucionalidad “cualquiera sea el vicio invocado”.

(...) No cabe, por consiguiente, excluir en el control de constitucionalidad de la norma sujeta a examen, sea un precepto legal o reglamentario, la consideración de los efectos que ella pueda producir en los derechos fundamentales y que todo órgano del Estado está obligado a respetar y promover en virtud de lo dispuesto en los artículos 5º, inciso segundo, y 6º, inciso segundo, de la Ley Suprema.

Así lo ha hecho, por lo demás, el Tribunal Constitucional cuando ha sido necesario para la debida resolución de un asunto, como ocurrió en tres casos en que estaba en juego el derecho a la vida. Tales son las sentencias de 13 de agosto de 1995, Rol Nº 220, requerimiento interpuesto contra el proyecto de ley sobre trasplantes de órganos; de 26 de junio de 2001, Rol Nº 325, requerimiento en que se impugnaba el Decreto Supremo Nº 20, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que introdujo la restricción de circulación a los vehículos catalíticos, y de 26 de abril de 2007, Rol Nº 577, requerimiento deducido contra el Decreto Supremo Nº 80, de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que establecía la norma de emisión para molibdeno y sulfatos de efluentes descargados desde tranques de relave al estero Carén”.

El Tribunal se refiere a una alegación realizada por la Presidente de la República según la cual estaría extralimitando sus funciones, al tener que fallar teniendo a la vista hechos científicos y probanzas, en circunstancia que el Tribunal Constitucional debe velar por el derecho y no por hechos, excluyendo todo juicio de mérito de la norma.

Sin embargo, el Tribunal desecha dicha alegación trayendo a colación tres sentencias en que se falló de acuerdo a los efectos que produciría la decisión del Tribunal, y no a partir de una confrontación abstracta de la normas en juego. En este punto debemos señalar que respecto de los fallos Catalíticos y Estero Carén, como se mencionó más atrás, el Tribunal se apartó de su doctrina establecida al sentenciarlos, por lo que su inclusión en este caso pareciera obedecer más que nada a un tema coyuntural y de mera conveniencia, que a un motivo jurídico relevante.

Ahora bien, el voto de mayoría continúa señalando que no fallará teniendo a la vista el mérito de la norma, y también apela expresamente al principio de inexcusabilidad:

“DECIMOPRIMERO: (...) Acorde con esta doctrina, **el Tribunal no entrará a examinar cuestiones de mérito, pero sí analizará las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el requerimiento, pues, si no lo hiciere, incumpliría la obligación de ejercer sus atribuciones y que deriva del principio de inexcusabilidad según lo que dispone el artículo 3º de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.** Por lo demás, en cuanto órgano del Estado, le asiste el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, tal como ordena el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental”.

Finalmente, después de ponderar y analizar latamente la prueba documental puesta en su conocimiento tanto a favor como en contra de la píldora del día después, el Tribunal llega a la siguiente conclusión:

“SEXAGESIMONOVENO: Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, **obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud.**

En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 Nº 1 de la misma, **conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad (...).**”

Es decir que el Tribunal aplica el principio pro-vida, por cuanto ante la duda de si la píldora del día después es o no abortiva (si afecta la vida del que está por nacer regulada en el artículo 19 N°1 de la Constitución), prefiere optar por la vida del que está por nacer, declarando inconstitucionales las normas que permiten la distribución de éste fármaco. Sin embargo, el Tribunal no desconoce que su decisión implica consecuencias importantísimas y de carácter general en la población, por lo que no se demora en señalar:

“SEPTUAGÉSIMO: *Que la referida declaración, pronunciada en sede abstracta de constitucionalidad, tiene un efecto erga omnes que se desprende del inciso tercero del artículo 94 de la Constitución: “En el caso del No 16, el decreto supremo impugnado quedara sin efecto de pleno derecho, con el solo merito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo”.*

No escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” (artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental”.

De una forma u otra el Tribunal está justificando su decisión en el sentido que, si bien su control abstracto habrá de provocar consecuencias en las personas, sigue siendo su deber como garante de la Constitución velar por que las normas dictadas por el Presidente se ajusten a ésta.

Por otro lado, al igual que en la sentencia Píldora del Día después I (Rol 591-2007), cuatro Ministros del Tribunal se encuentran en desacuerdo con lo fallado por el Tribunal en su voto mayoritario, desarrollando su argumentación primero el Ministro

Juan Colombo Campbell respecto al parámetro de juzgamiento del Tribunal como de carácter abstracto:

“DECIMOCTAVO.- Que es por ello que a la jurisdicción sólo le corresponde resolver conflictos de derecho, definidos como aquellos en los cuales el parámetro de juzgamiento esté constituido por normas jurídicas, en este caso de rango constitucional. En el caso sub lite, los requirentes sustentan además su pretensión en normas de orden moral y en algunas de las corrientes de la ciencia médica, más allá de las normas constitucionales invocadas”.

Luego de aclarar que los requirentes se extralimitan en sus pretensiones en relación a las normas que invocan, recoge una vez más la posición sostenida en el fallo de minoría de Píldora del día después I, estableciendo que el decreto se atiene a la ley que le sirve de antecedente:

“VIGESIMOSEXTO.- Que con estos antecedentes cabe concluir entonces que el acto administrativo impugnado es un mero acto de ejecución del DFL 1, enmarcado dentro del mismo, y que no es contrario a la Constitución, quedando de manifiesto entonces que si la impugnación de constitucionalidad de este proceso sobrevive a dicho análisis, lo que en realidad se estaría impugnando es el conjunto de preceptos legales que habilitan a la autoridad competente para dictar el acto impugnado”.

Ahora bien, sin duda el voto de minoría de los Ministros Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes es el que reviste mayor interés en relación a los tópicos tratados en esta causa, toda vez que aborda profusamente cada una de las decisiones del Tribunal.

En primer lugar se refiere a las cuestiones previas sometidas a juicio del Tribunal, como es que el Tribunal pueda resolver teniendo a la vista hechos y juicios de mérito con el fin de decidir si la norma impugnada es contraria a la Constitución. Comienzan así con su intervención:

“18. (...) la existencia de una polémica acerca de elementos fácticos no es impedimento para que este Tribunal, ni siquiera en sede de control abstracto,

siga obligado a pronunciarse. Como se expone a continuación, una cosa es la duda científica, que puede incluso ser base de la decisión jurisdiccional, y otra diversa es la controversia jurídica sometida a la decisión del Tribunal”.

De esta forma justifica su competencia respecto del requerimiento:

“20. Que lo que esta Magistratura debe resolver es la cuestión de constitucionalidad de un Decreto Supremo. No hacerlo implicaría necesariamente validar la constitucionalidad del Decreto. **Si -como argumenta el gobierno- esta Magistratura estableciera la doctrina de que debe abstenerse de pronunciamiento de constitucionalidad cada vez que para ello deba antes formarse convicción acerca de un hecho, se llegaría necesariamente al resultado de que serían inexpugnables los Decretos Supremos que infrinjan la Constitución, a condición de que se sustenten en algún hecho relevante sobre el cual el Tribunal deba convencerse para decidir la cuestión de constitucionalidad (...).**”

22. En otros casos, los tribunales deben formarse convicción acerca de hechos discutidos o probables para poder resolver las cuestiones de derecho. En estos casos, los tribunales no resuelven definitivamente si el hecho ocurrió o no, no resuelven una duda fáctica, no requieren dar carácter de verdad jurídica a un supuesto, ni menos resolver una polémica para la ciencia, pero en ellos **resuelven un problema jurídico previa convicción sobre un hecho fáctico.** Ello deberá ocurrir en la especie.”

En otras palabras, este voto de minoría fundamenta la decisión de conocer del requerimiento en que tanto aquí como en otros casos, se puede presentar al Tribunal una cuestión previa que exige formar una convicción sobre el hecho base que le sirve de sustento, y que no hacerlo significaría entregar un grado de discrecionalidad al ejecutivo que no es permisible dentro del contexto constitucional. Por ello es necesario que el Tribunal entre a conocer el hecho base, para luego emitir un pronunciamiento sobre las normas en juego, en sede abstracta de constitucionalidad.

Estrechamente vinculado al problema anterior se encuentra la pregunta acerca de si el Tribunal puede pronunciarse sobre una cuestión de mérito, o si con ello exorbitaría sus atribuciones al inmiscuirse en materias que no están dentro de su

competencia, al tiempo que invadiría otros poderes establecidos en la Constitución, como el Poder Ejecutivo. El voto salva esta objeción argumentando lo siguiente:

*“27 Que esta cuestión planteada por el Gobierno tampoco representa un impedimento para entrar al fondo del asunto. A nuestro juicio, tales argumentos sirven para convencer que quienes sostengan que el fármaco que el Gobierno se obliga a distribuir a través del decreto impugnado afecta la vida, de un modo contrario a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 19 de la Constitución, quedan obligados a evaluar si tal distribución permite alcanzar otros bienes que la política se propone y si ello permite o no justificar el riesgo para el derecho a la vida; **pero no puede pretenderse que la doctrina acerca de las cuestiones de mérito llegue a legitimar que las autoridades políticas puedan a través de políticas públicas -que ciertamente sólo ellas están llamadas a formular- infringir la Carta Fundamental.** Tal doctrina implicaría sostener que toda vulneración de un derecho debería ser validada, sin siquiera entrar al fondo del asunto, a condición de que existan beneficios públicos derivados de la medida que atenta en contra del derecho fundamental. Cuando es legalmente requerida, esta Magistratura debe controlar la adecuación de ciertas normas a la Constitución. El hecho de que tales normas formen parte de una política pública que se sustenta en juicios de mérito, no la inhibe de su deber de control”.*

Para concluir el análisis de los tópicos más importantes de la sentencia relativos al control que ejerce el Tribunal Constitucional, es uniforme la opinión de los Ministros de que éste es abstracto, aunque en algunos casos tengan que acudir a cuestiones de hecho y juicios de mérito para fallar los requerimientos, lo que también puede estar influido por el contexto de aquellos requerimientos, su carácter mediático y la presión política y social que conllevan.

- **Rol 1035-2008 “Transantiago I”**

Materias Tratadas: Requisitos de forma de los Decretos Supremos – Ley pantalla.

Al igual que en diversos fallos anteriores, al Tribunal se le presenta un requerimiento que no se dirige contra decretos supremos dictados por el Presidente de

la República sino que respecto de un acto administrativo diferente, en este caso unos oficios emanados del Ministerio de Hacienda.

A diferencia de lo sucedido en el fallo de “Píldora del día después I”, en donde el Tribunal aplicó el principio de primacía de la realidad para declararse competente respecto de una norma jurídica que en principio no le correspondía controlar (una resolución emanada del Ministro de Salud), en este caso concluye que no tiene competencia para pronunciarse.

Comienza estableciendo sus propios límites competenciales:

*“**SEGUNDO.** Que el artículo 93 de la Constitución otorga a esta Magistratura una competencia tasada, pues ha conferido atribuciones al Tribunal Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad sólo de determinadas normas, no habilitándolo para examinar la conformidad de cualquier disposición con la Carta Política”.*

Luego señala por qué es improcedente conocer de dicho requerimiento:

*“**QUINTO.** Que este Tribunal desechará la pretensión de los requirentes referida en el considerando anterior, pues no se divisa de qué modo podría estimarse, sin alterar la esencia de las cosas, que los oficios ministeriales, mediante los cuales se aprobaron las condiciones de endeudamiento de la Cuenta, constituyen decretos supremos. **La teoría de la primacía de la realidad que los requirentes invocan para ello no permite, en caso alguno, arribar a la conclusión que se pretende (...)**”*

***OCTAVO.** Que la teoría de la primacía de la realidad por sobre el nominalismo sirvió a esta Magistratura, en la sentencia de fecha 11 de enero de 2007, que citan los requirentes, para considerar que una resolución constituye un decreto supremo de carácter reglamentario, porque, en tal caso, **la resolución reunía los elementos configurativos de un acto administrativo de esa índole, es decir, de aquellos que sólo puede dictar el Presidente de la República.** Tal como se razonó en el considerando 33º de ese fallo, “ese acto administrativo [el impugnado en aquel caso] contiene un conjunto de normas; cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado.”;*

NOVENO. *Que los oficios que los requirentes pretenden que esta Magistratura considere como decretos supremos, no reúnen, a diferencia del caso que invocan como precedente, ninguno de los requisitos propios del acto administrativo reglamentario. Desde luego, el alcance del oficio aprobatorio de la operación financiera entre el Banco del Estado y la Cuenta, no tiene una aplicación general pues, como se desprende de su propio texto, sólo tiene por objeto autorizar a la Cuenta para realizar la operación de endeudamiento. En segundo lugar, tampoco estas normas están dotadas de carácter permanente, sino que, por el contrario, ellas se agotan o pierden su vigencia por su aplicación en la operación que autorizan realizar”.*

Básicamente lo que hace el Tribunal es delimitar hasta qué punto normas jurídicas que no son decretos supremos pueden ser justiciables ante el mismo. Para ello deben cumplir ciertos requisitos comunes a los decretos supremos que, de no contar con ellos, determinarían la incompetencia del Tribunal que estaría exorbitando las facultades que la propia Constitución le entregó.

“DECIMO. *Que, en consecuencia, esta Magistratura no ha negado la existencia de resoluciones, a las que ha reconocido, en conformidad a la Constitución y a la ley, idoneidad jurídica para regular un determinado ámbito de materias. Además, ha aplicado la teoría de la primacía de la realidad para considerar que una determinada resolución es, en los hechos, un decreto supremo reglamentario cuando ella reúne todos y cada uno de los elementos configurativos de tales decretos, los que, como demuestra el considerando anterior, no concurren en la especie”.*

En otro orden de cosas el Tribunal, refiriéndose a la posibilidad de que enjuiciar el decreto impugnado suponga un pronunciamiento de legalidad de una norma vigente, razona:

“TRIGESIMO. *Que, en consecuencia, y sin emitir pronunciamiento respecto del fondo sobre los razonamientos expuestos en los considerandos anteriores, esta Magistratura concluirá que más que una contravención a la Carta Fundamental, lo que se reprocha en el requerimiento es que un determinado acto administrativo excede el marco legal vigente, lo que exorbita las facultades de este Tribunal, quien no está llamado a resolver las controversias de legalidad, mismas que están reservadas a otros órganos jurisdiccionales (...).*

TRIGESIMOPRIMERO. Que, en tal sentido, como ha señalado esta Magistratura “aceptar que mediante la declaración de inconstitucionalidad de un decreto se enjuicie implícitamente el contenido de una ley, importaría vulnerar gravemente un conjunto de normas constitucionales que consagran, mediante el reparto de competencia, el principio de supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico y, así también, en rigor, las atribuciones exclusivas de los distintos poderes del Estado” (Rol N° 253/1997, consid. 7°);

TRIGESIMOTERCERO. Que, en consecuencia, si el conflicto planteado en el requerimiento respecto del Decreto Supremo N° 1.797, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de 2 de enero de 2008, **no importa una cuestión de constitucionalidad sino que un enjuiciamiento sobre determinadas normas legales que le sirven de marco y fundamento, no corresponde a esta Magistratura pronunciarse al respecto, sino que a los órganos que el propio ordenamiento jurídico ha previsto para ello, razón por la cual se desestimaré el requerimiento en lo que se refiere a la impugnación del aludido decreto supremo.”**

Junto con desechar la posibilidad de enjuiciar una ley vigente mediante el conocimiento de un decreto que la ejecuta (aplicación de la teoría de la ley pantalla), rechaza también la posibilidad de ejercer un control de mérito de la norma impugnada.

Por otro lado, el voto de minoría de este fallo considera que el Tribunal sí es competente para conocer del requerimiento sometido a su conocimiento, de la siguiente manera:

“DECIMOTERCERO: Que si bien el Tribunal Constitucional carece de competencia para decidir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 16, de la Carta Fundamental, sobre la constitucionalidad de “oficios”, debe convenirse en que los impugnados en el requerimiento que se analiza han sido subsumidos en una norma jurídica posterior que los ha ratificado depurándolos de los vicios originales de carácter formal de que pudieran adolecer y que resultaran conducentes a su nulidad. **Por ende, el requerimiento de autos sólo puede entenderse referido, al momento de la dictación de esta sentencia, a la impugnación del Decreto Supremo N° 19, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones de 27 de febrero de 2008, suscrito también por el Ministro de Hacienda, norma jurídica que, por su naturaleza y características, queda comprendida en el ámbito de los conflictos de constitucionalidad que debe resolver esta Magistratura en virtud de**

la norma de la Ley Suprema 43 antes mencionada, lo que conduce a declarar admisible el requerimiento en esta parte.

DECIMOQUINTO: Que, sobre la materia, debe tenerse presente –como lo hace la sentencia- que los requisitos de admisibilidad de los requerimientos dirigidos contra un decreto supremo se encuentran contenidos tanto en el artículo 93, inciso primero, numeral 16 cuanto en el inciso decimonoveno de esa misma norma de la Carta Fundamental. Así, debe tratarse de un decreto supremo (lo que ya ha sido establecido); el requerimiento debe deducirse dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado (los oficios originalmente impugnados datan del 2 de enero de 2008 y el requerimiento fue deducido el 30 de ese mismo mes y año); y el requerimiento debe provenir de cualquiera de las Cámaras, a menos que diga relación con vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, pues, en tal caso, también puede requerir una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cada Cámara.

En la especie, la impugnación se refiere a un decreto supremo dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, pues se trata de dar cumplimiento a la exigencia prevista en el inciso final del artículo 7º de la Ley Nº 20.206, relativo a las condiciones y plazos de endeudamiento de la Cuenta Especial de Reembolso a que alude esa misma norma. Así, el requerimiento pudo ser deducido válidamente por una cuarta parte de los senadores en ejercicio como ocurrió”.

Esta disparidad acerca de si el Tribunal es o no es competente para conocer de las diferentes normas sometidas a su conocimiento tiene larga data en su jurisprudencia, no siendo posible entregar criterios definitivos respecto a cuándo el Tribunal puede recalificar una norma jurídica para atraerla a su competencia y cuándo no lo puede hacer.

- **Rol 1153-2008 “Transantiago II”**

Materias tratadas: Reserva legal

En esta sentencia el Tribunal comienza refiriéndose a la naturaleza jurídica de la norma impugnada, en los siguientes términos:

“QUINTO: Que, en cuanto a la naturaleza jurídica de las normas impugnadas, puede puntualizarse lo siguiente:

a) **Se trata de decretos supremos**, pues, tal y como precisa el inciso cuarto del artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre Bases Generales de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, cada uno de ellos consiste en una “orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia”. En este caso, los decretos supremos N°s 46, 45 y 583, de 2008, han sido dictados por los Ministros de Transportes y Telecomunicaciones y de Hacienda, respectivamente, “por orden de la Presidenta de la República”, en materias de su competencia, toda vez que inciden, en general, en el gobierno y la administración del Estado que le corresponden en forma privativa, según lo previsto en el inciso primero del artículo 24 de la Carta Fundamental.

b) **Son decretos supremos simples** pues, aplicando las enseñanzas del profesor Enrique Silva Cimma, **regulan una situación particular (...)**.

c) **Son decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución a que se refiere el numeral 6° del artículo 32 de la Constitución**, que señala: “Son atribuciones especiales del Presidenta de la República: Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, **sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”**.”

d) **Constituyen decretos supremos singulares y diferentes de cualquier otra norma previa, de similar naturaleza (...)**.

También ratifica que los decretos simples son una especie de decreto supremo:

“DECIMOQUINTO: (...) Las características de aplicación general y de carácter permanente son ciertamente propias de los decretos supremos “reglamentarios”, pero no de otros decretos supremos que, por su propia naturaleza, no están llamados a regular situaciones de carácter general, sino que específicas o particulares”.

De esto se sigue que declare plenamente justiciables los decretos sometidos a su conocimiento. Así, después de analizar consideraciones de fondo que escapan a lo tratado en este trabajo, los declara inconstitucionales.

Sin embargo, dicha resolución estuvo lejos de ser consensuada entre los Ministros, pues dos de ellos disintieron de la sentencia considerando que el decreto se

ajustaba a la ley que lo mandataba y que por tanto no era inconstitucional, más allá de que el Tribunal no pueda controlar leyes vigentes.

“OCTAVO.- *Que, en ese marco, el control de la constitucionalidad de los decretos supremos de ejecución se refiere a determinar si existe ley habilitante, si el respectivo decreto está acorde con ella y si, prescindiendo de ello, el decreto violenta la preceptiva constitucional en cuanto a la igualdad ante la ley, la forma del decreto y la motivación que el mismo contenga. En ese sentido, si la cuenta no es un ente que sea parte de la Administración del Estado, no estaría sujeta a las normas sobre legalidad presupuestaria.*

DECIMOSEXTO.- *Que, contrastando el acto administrativo impugnado con la normativa legal en que se enmarca, cabe concluir que se encuentra acorde con la misma, en armonía y concordancia con ella. Con estos antecedentes cabe concluir que el acto administrativo impugnado es un mero acto de ejecución de la Ley N° 20.206 y que no es contrario a la Constitución, quedando de manifiesto entonces que si la impugnación de constitucionalidad de este proceso sobrevive a dicho análisis, lo que en realidad se estaría impugnando es el conjunto de preceptos legales que habilitan a la autoridad competente para dictar el acto impugnado;*

Una vez más es el Ministro Colombo el que sostiene esta tesis, aplicando la teoría de la ley pantalla.

5.3. Consideraciones Finales.

Como se puede apreciar de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tratada exhaustivamente en este capítulo, ésta, a nuestro parecer, no posee criterios claros y definidos para someter a control los decretos supremos emanados de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, transitando a través del tiempo por posturas doctrinarias que incluso pueden ser contrapuestas. Sin embargo, como órgano encargado de velar por la Supremacía Constitucional es su deber pronunciarse sobre todos y cada uno de los casos sometidos a su jurisdicción y competencia, fallando siempre de acuerdo a la Constitución.

Es en esa difícil misión donde el Tribunal Constitucional debe buscar un camino que le permita sortear los problemas jurídicos llevados ante él sin arrogarse funciones que la Constitución no le ha otorgado, y tampoco inmiscuirse en las potestades de otros poderes estatales, como son el Legislativo y Ejecutivo.

No es parte del presente trabajo dictar directrices o proponer criterios que le permitan al Tribunal uniformar su jurisprudencia en pos de una correcta aplicación de la Constitución, ya que por la misma naturaleza de ésta y su especiales normas de interpretación, así como también por la existencia de factores exógenos a la judicatura (por ejemplo factores políticos), es el propio Tribunal el que debe fallar acorde a lo que la Constitución le mandata.

CONCLUSIONES

El propósito de esta tesis ha sido exponer el escenario actual en que se desenvuelve el control de los Decretos Supremos emanados de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República. Para ello hemos utilizado todas las fuentes disponibles, a saber, doctrina autorizada, derecho comparado y jurisprudencia. El desarrollo de dichas fuentes nos ha permitido identificar las problemáticas más frecuentemente tratadas en torno al tema en cuestión, como son la legitimidad y fundamentos del control ejercido por el Tribunal Constitucional, los antecedentes de la reforma del año 2005, la teoría de la Ley Pantalla, las clasificaciones doctrinarias de la jurisprudencia del Tribunal y la alarmante variación de los criterios orientadores en la decisión de controversias sometidas a su conocimiento y fallo. Sin perjuicio de que al momento de finalizar el estudio de cada uno de estos tópicos se haya efectuado una serie de consideraciones finales, intentaremos esbozar aquí una breve recapitulación.

En el primer capítulo se expusieron los principales argumentos a favor de una jurisdicción constitucional especializada en el control de las normas, así como la insuficiencia de éstos al momento de legitimar dicha judicatura. La principal dificultad gravita en fundar la intromisión de un órgano judicial en asuntos propiamente legislativos, no teniendo el mandato democrático para ello. Como se señaló al cierre del capítulo, tanto la doctrina como el mismo Tribunal tienen pendiente la tarea de elaborar fundamentos que den con la fórmula de una justicia constitucional cuyas decisiones no merezcan duda.

Hacia el tercer capítulo se explicaron los antecedentes que motivaron la reforma constitucional del año 2005, y principalmente la necesidad de adecuar ciertos aspectos procedimentales de los requerimientos de inconstitucionalidad a los criterios que el Tribunal ya había fijado en su jurisprudencia. Asimismo, se expusieron diferentes manifestaciones de la Teoría de la Ley Pantalla en dicha jurisprudencia, constatando la enorme influencia que en determinados períodos ha ejercido y cómo los autores la han

puesto en el centro de sus argumentaciones, sobre todo a la hora de clasificar la tan mentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, en el quinto capítulo se abordó de forma extensa la nutrida jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional dentro del periodo comprendido entre el año 1990 y el año 2008, haciendo hincapié en la reforma constitucional del año 2005. Ahí pudimos constatar diversas posturas doctrinarias que yacen en el seno del Tribunal y la forma en que se expresan a través de las sentencias dictadas. Del mismo modo, se delimitaron ciertas materias que gozan de consenso como la reserva relativa de ley, así como también se desarrollaron los razonamientos que permitieron al Tribunal establecer criterios estables con el fin de premunirse de herramientas para una correcta aplicación de la Constitución. Con todo, aún falta camino por recorrer en pos de una correcta aplicación de las normas constitucionales a los requerimientos sometidos a su conocimiento, sobre todo en el sentido de uniformar los criterios jurisprudenciales.

BIBLIOGRAFÍA

- Doctrina

Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión N° 358, Vol. 10, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

ALDUNATE Lizana, Eduardo. La distribución de potestades normativas en la Constitución: potestades reglamentarias administrativas, auto acordados, y facultades del fiscal nacional *en* Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2009). - Doctrina

ALONSO García, Enrique. El Tribunal Constitucional Austríaco. En El Tribunal Constitucional, volumen I, Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1981.

ANTILLON Montealegre, Walter. El sistema constitucional nicaragüense. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992.

ATRIA Lemaitre, Fernando. El derecho y la contingencia de lo político. En Revista de Derecho y Humanidades, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 11 (2005).

BIDART Campos, Germán. El sistema constitucional argentino. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992.

BREWER-CARIAS, Allan R. El sistema constitucional venezolano. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992.

CALDERA Delgado, Hugo. Tratado de Derecho administrativo. Ediciones parlamento Ltda. Tomo II. 2001.

CARMONA Santander, Carlos. Un nuevo estadio en la relación ley y reglamento en Revista de Derecho Público N° 63 (2002) t.2

CARMONA Santander, Carlos. El artículo 93 N° 16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 72 (2010).

CAZOR Aliste, Kamel y Pfeffer Urquiaga, Emilio. La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile en *Ius et Praxis*. Pág. 191-227

CAZOR Aliste, Kamel. La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República. Tomo I. Universidad Central de Chile. 2002. Pág. 105.

CEA Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Chile, Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones y Asuntos Públicos, 2008.

CEA Egaña, José Luis. El control constitucional de los actos legislativos como avance y futuro del constitucionalismo. En Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 63 (2001).

CORDERO Quinzacara, Eduardo. El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria en Revista de Derecho de la PUC de Valparaíso. primer semestre de 2009. pág. 413-414.

CORDERO, Luis (2006). "Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública", p 10. Disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Luis%20Cordero%20V.pdf>

CORDÓN Aguilar, Julio César. El Tribunal Constitucional de Guatemala. Guatemala, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, 2009.

DORN Garrido, Carlos. El Control De Constitucionalidad del Reglamento ante el Tribunal Constitucional tras la Reforma del año 2005. En Revista *Entheos*, N° 6, año 2007, Universidad de Las Américas, Santiago de Chile.

EGUIGUREN Praeli, Francisco José. El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. En Revista Corpus Iuris Regionis, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat N° 6 (2006).

ELSTER, Jon. Ulysses and the sirens. Studies in rationality and irrationality. New York, Cambridge University Press, 1979.

ESTEVA Gallicchio, Eduardo G. El sistema constitucional uruguayo. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992.

FAVOREU, Luis. Los Tribunales Constitucionales. Barcelona, Ariel, S.A., 1994.

FERNÁNDEZ González, Miguel Ángel. La Teoría de la Ley Pantalla, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de su ley orgánica. En Reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del tribunal constitucional. Santiago de Chile; Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca: Asociación Chilena de Derecho En Constitucional, 2010.

FERNÁNDEZ González, Miguel Ángel: Bases de los tribunales constitucionales en el constitucionalismo humanista, en Nogueira, Humberto (coordinador), Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: Presente y prospectiva. LexisNexis, Chile, 2005.

FERNÁNDEZ Segado, Francisco. La Jurisdicción Constitucional en España. Madrid, Dykinson, 1984.

GARCÍA Barzelatto, Ana María. Separación de poderes, órgano ejecutivo y control de constitucionalidad de los Decretos Supremos en Estudios de Derecho Público, El principio de Separación de Poderes Actas de las XL Jornadas de Derecho Público. Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011.

GARCÍA Barzelatto, Ana María. Control de constitucionalidad de los decretos supremos. En Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional. ¿Consolidación o reforma? Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2012.

GUILOFF Titium, Matías. El dilema del Artículo 19 N°8 Inciso 2° en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 18- N° 1, 2011 pp. 147-169.

HERNÁNDEZ Valle, Rubén. El sistema constitucional costarricense. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. En Escritos sobre la democracia y el socialismo, Madrid, Editorial Debate, 1988.

KELSEN, Hans. Teoría general del Derecho y del Estado. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones. 1969.

KOVALENKO, María Ximena. El control de constitucionalidad, sus efectos y excepciones en el sistema argentino. En revista Corpus Iuris Regionis, Escuela de Derecho, Universidad Arturo Prat N° 6 (2006).

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del sur. En Revista Ius et Praxis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca N° 2 (2002).

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La concepción de Constitución, el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y el control de convencionalidad en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de Chile. En Derechos Fundamentales, Libro homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

PRIETO, Justo José. El sistema constitucional paraguayo. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992.

QUINTERO, César. El sistema constitucional panameño. En GARCÍA B., FERNÁNDEZ S. y HERNÁNDEZ V. (Coordinadores.). Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos. Madrid, Dykinson, 1992.

SILVA Irarrázaval, Luis Alejandro. El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad: la teoría de la Ley Pantalla. En *Ius et Praxis*, volumen 12, Universidad de Talca, 2006.

SILVA Irarrázaval, Luis Alejandro. El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales. Un análisis jurisprudencial y comparado. Santiago, Legal Publishing, 2009.

SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Volumen V. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

SOTO Kloss, Eduardo. Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

VERDUGO Marinkovic, Mario. Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución *en Revista de Estudios Constitucionales (Año 1, N° 1)*, Número de homenaje a don Alejandro Silva Bascuñán, Universidad de Talca. 2003.

ZAPATA Larraín, Patricio. Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

ZAPATA Larraín, Patricio. Rayando su propia cancha. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre su Ley Orgánica. En Reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del tribunal constitucional. Santiago de Chile; Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca: Asociación Chilena de Derecho En Constitucional, 2010.

- **Cartas Fundamentales**

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Federal Austríaca de 1920.

Constitución de Francia de 1958.

Constitución de la República Italiana de 1947.

Constitución Española de 1978.

Constitución Política de Bolivia de 1967 con reformas de 1994.

Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009.

Constitución de Ecuador de 1978.

Constitución de Ecuador de 2008.

Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949.

Constitución de Colombia de 1991.

Constitución Política del Perú de 1993.

Constitución de la Nación Argentina de 1994.

Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.

Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987.

Constitución Política de la República de Panamá de 1972.

Constitución Política de la República Oriental del Uruguay de 1967.

Constitución de la República del Paraguay de 1992.

Constitución de la República de de Venezuela de 1961.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.