

El artículo 93 N° 16 de la Constitución: estado de la cuestión y proyecciones¹

Resumen

El presente trabajo trata sobre la atribución conferida al Tribunal Constitucional por el artículo 93 N° 16 de la Constitución, en orden a resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos. En síntesis, expone los antecedentes de dicho precepto constitucional, los requisitos de procedencia del requerimiento por él consultado y los efectos de la sentencia favorable. Asimismo, precisa, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las características de los decretos supremos, el rol de los reglamentos y la oportunidad para la dictación de aquellos. Luego trata, de la misma forma, los problemas en relación a los cuales si bien en un comienzo hubo discusión original, esta fue superada: dominio máximo legal y legitimidad del reglamento para regular, así como aquellos en los que la discusión ha recobrado “decretos supremos” y la determinación en cuanto a si el Tribunal Constitucional, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N° 16, puede enjuiciar implícitamente a la ley. A continuación, expone los diferentes test que dicha Magistratura ha utilizado para evaluar cuándo un reglamento puede abordar una determinada regulación sin violar la Constitución. Finalmente, expone el procedimiento consultado por la Ley Orgánica del Tribunal en relación a la impugnación de los decretos supremos.

Palabras clave

Decreto supremo, potestad reglamentaria, constitucionalidad, reglamento, Tribunal Constitucional.

**Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile y Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.*

¹ El autor agradece los aportes, comentarios y revisión de este trabajo de Guillermo Jiménez, William García y Valeria Lübbert. Sin su trabajo, esta investigación no habría podido salir a la luz a tiempo.

I. Introducción

La Constitución entrega al Tribunal Constitucional la facultad para “resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueron dictados en el ejercicio de la 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”.

El texto actual fue producto de la reforma constitucional de 2005, contenida en la ley N° 20.050. Antes de ello, la facultad estaba regulada en dos numerales separados. El 82 N° 5 y el 82 N° 12. La Constitución de 1925 solo contemplaba la posibilidad de impugnar los decretos promulgatorios o la omisión de estos.

La evolución de la normativa puede verse en el cuadro siguiente.

Tabla N° 1. Texto comparado sobre la evolución del art. 93 N° 16 de la Constitución

Constitución de 1925	Normas originales de la Constitución de 1980	Normas reformadas el 2005 de la Constitución de 1980
<p>Art. 78 b. El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:</p> <p>e) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.</p>	<p>Art. 82 N° 5. Son atribuciones del Tribunal Constitucional “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”.</p> <p>En los casos del número 5.°, 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</p>	<p>Art. 93 N° 8. Son atribuciones del Tribunal Constitucional “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”,</p>

Constitución de 1925	Normas originales de la Constitución de 1980	Normas reformadas el 2005 de la Constitución de 1980
	<p>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.</p>	
	<p>Art. 82. N° 12. Son atribuciones del Tribunal Constitucional “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 art. 60”.</p> <p>En el caso del número 12.°, el Tribunal solo 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.</p>	<p>Art. 93. N° 16. Son atribuciones del Tribunal Constitucional “resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueron dictados en el ejercicio de la 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”.</p>
<p>Art. 78 incisos 10, 11 y 12.</p> <p>En los casos de la letra e), la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras, y si se trata de la promulgación de un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, el reclamo deberá formularse dentro de los treinta</p>	<p>Art. 83, inciso 2° párrafo 2°</p> <p>“En los casos de los números 5.°, y 12.° del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.”</p>	<p>Art. 94, inciso 3°</p> <p>En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto</p>

Constitución de 1925	Normas originales de la Constitución de 1980	Normas reformadas el 2005 de la Constitución de 1980
<p>días siguientes a su publicación.</p> <p>En ambos casos, el Tribunal resolverá en el término a que se refiere el inciso tercero, y si acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.</p> <p>Cuando el Tribunal no se pronuncie dentro de los plazos señalados en este artículo, salvo el de la letra d), los Ministros cesarán de pleno derecho en sus cargos.</p>		<p>en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.</p> <p>En el caso del número 16°, el Tribunal solo 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.</p>

El Tribunal Constitucional no tiene el monopolio del control de constitucionalidad de los actos administrativos en nuestro sistema. Este se encuentra escindido en varios órganos². 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. La Contraloría está facultada para objetar por razones de constitucionalidad un decreto o resolución³. En ese caso, el Presidente de la República no tiene la

² Fiamma Olivares, Gustavo; El control de constitucionalidad de los actos administrativos; en Revista de Derecho Público N° 37-38, 1985, p. 257-270. También, en fecha más reciente, Silva, Irrázaval, Luis, ob. cit. p. 37-200.

³ Sobre la toma de razón, Aróstica, Iván; El trámite de toma de razón de los actos administrativos; en Revista de Derecho Público N° 49, 1991, p. 131-168; también Soto Kloss, Eduardo; La toma de razón y del poder

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.

El uso de esta facultad por la Cámara, el Senado o un cuarto de diputados o senadores, ha sido interesante.

En la tabla N° 2 se puede apreciar cómo la cantidad de requerimientos presentados en contra de decretos supremos se ha mantenido constante a través del tiempo (sin considerar el gobierno de Pinochet en donde no funcionaba el Congreso y por lo tanto no hubo requerimientos de parlamentarios). Así, en el Gobierno del Presidente Aylwin se presentaron 5 requerimientos de este tipo, y se presentaron 7 requerimientos en cada uno de los Gobiernos de los Presidentes Frei, Lagos y de la Presidenta Bachelet.

Tabla N° 2. Requerimientos presentados en contra de normas (excluyendo inaplicabilidades e inconstitucionalidades)

Gobierno	Proyectos de ley	Tratados	DFL	DS	Total
Pinochet	7	-	-	-	7
Aylwin	7	-	-	5	12
Frei	17	1	1	7	26
Lagos	10	5	1	7	23
Bachelet	6	1	-	7	14
Total periodo	47	7	2	26	82

En la tabla N° 3 se aprecia que el número de requerimientos en contra de Decretos Supremos no ha sido poco significativo respecto del total de casos que llegan al Tribunal, excluyendo los requerimientos de inaplicabilidad (art. 93 N° 6) y de inconstitucionalidad (art. 93 N° 7). De este modo, el uso de esta herramienta ha sido intenso.

normativo de la Contraloría General de la República, en La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977), Ediciones Depto. de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1977; y Cordero Vega, Luis; El control de la administración del Estado; Editorial Lexis Nexis, Santiago 2007, p. 63-78.

Tabla N° 3. Relación entre requerimientos contra Decretos Supremos y el total de requerimientos contra normas presentados ante el TC (excluyendo inaplicabilidades e inconstitucionalidades)

Gobierno	Requerimientos contra DS	Total
Pinochet	-	7
Aylwin	5 (41.6%)	12
Frei	7 (26.9%)	26
Lagos	7 (30.4%)	23
Bachelet	7 (50%)	14
Total periodo	26 (31.7%)	82

En la tabla siguiente, se observan las materias que han sido objetadas a través de esta facultad. Si bien estas son heterogéneas, un porcentaje relevante tiene que ver con el sector vivienda y construcción.

Tabla 4. Requerimientos contra decretos supremos desde 1990-2010

Pdte.	Rol	Fecha de la sentencia	Norma impugnada	Materia	Resolución
Aylwin	116	27.12.1990	D.S. N° 140, Vivienda	Viviendas progresivas	Rechazado
	124	18.06.1991	DS N° 143, Justicia	Disolución de Colonia Dignidad	Rechazado
	146	21.04.1992	DS N° 357, Obras Públicas	Carteles camineros	Acogido
	153	25.01.1993	D.S. N° 66, Vivienda	Plan Regulador Serena-Coquimbo	Acogido
	167	06.04.1993	DS N° 327, Obras Públicas	Letreros camineros II	Acogido

Pdte.	Rol	Fecha de la sentencia	Norma impugnada	Materia	Resolución.
Frei	183	17.05.1994	DS N° 434, Obras Públicas	Tarifas en plazas de peaje	Rechazado
	209	11.04.1995	DS promulgatorio	Promulgatorio de la ley N° 19.369 impugnada ante el TC	Rectifica STS Rol N° 207
	234	08.05.1996	DS N° 1470	--	Inadmisible
	245-246	02.12.1996	D.S. N° 1 Bienes nacionales	Acceso a las playas	Acogido
	253	15.04.1997	D.S. N° 71, Vivienda	Cesión gratuita	Rechazado
	254	26.04.1997	DS N° 1679, hacienda	Modificaciones presupuestarias	Rechazado
	282	28.01.1999	DS N° 1412, relaciones exteriores	Acuerdo complement. económica con Bolivia	Rechazado
Lagos	305	05.04.2000	D.S. N° 273, Defensa	Fija procedimiento para determinar línea de playa	Desistido
	325	26.06.2001	DS N° 20, Segpres	Restricción vehicular	Rechazado
	370	09.04.2003	D.S. N° 1, Vivienda	Estudio de impacto vial	Acogido
	373	22.07.2003	D.S. N° 66, Vivienda	Área verde	Rechazado
	388	25.11.2003	DS N° 56, Transportes	Regulación del transporte público	Acogido parcialmente
	362	14.01.2003	DS N° 111	Regulación de redes viales básicas	Declara que no corresponde conocer por derogación del DS

Pdte.	Rol	Fecha de la sentencia	Norma impugnada	Materia	Resolución
	450	02.08.2005	D.S. N° 85, Vivienda	Derogación Reglamento revisores independientes	Inadmisible
Bachelet	465	30.03.2006	DS N° 181, Educación	Reglamentación de requisitos para reconocimiento oficial a parvularios	Rechazado
	666	11.01.2007	DS N° 998, Hacienda	Regulación del Boletín Comercial.	Rechazado
	591	11.01.2007	Res Ex N° 584, Salud	Píldora del día después.	Acogido
	577	30.04.2007	DS N° 80, Segpres	Normas de emisión estero Carén.	Rechazado
	740	18.04.2008	DS N° 48, Salud	Píldora del día después.	Acogido
	1035	22.05.2008	Oficios de Transporte y Hacienda	Financiamiento Transantiago	Rechazado
	1153	30.09.2008	DS N° 45 y 46, Transportes, y DS N° 583, Hacienda	Financiamiento Transantiago	Acogido

Al resolver estos requerimientos, el Tribunal ha podido establecer una doctrina sobre la relación ley-reglamento. Lo mismo ha empezado a realizar ejerciendo el control de inaplicabilidad de leyes que la misma reforma del 2005 le encargó.

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.

La entrada en vigencia de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal, contenida en la ley N° 20.381, justifica describir el estado de esa discusión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A nivel de doctrina, nuevos aportes buscan contribuir a este debate⁴.

Nuestro plan de trabajo está estructurado de la siguiente manera. Partiremos por hacer unas consideraciones sobre el 93 N° 16 de la Constitución. A continuación, abordaremos la jurisprudencia. Para ello distinguiremos aquellos fallos que se pronuncian sobre el decreto como norma jurídica; luego analizaremos los aspectos en que el Tribunal tiene asentada una doctrina; después, aquellos en que existe discusión; para, enseguida, estudiar los test que el propio Tribunal ha diseñado para enjuiciar el decreto objetado. Finalmente, diremos algunas cosas sobre el procedimiento diseñado por la Ley Orgánica del Tribunal en materia de impugnación de decretos.

II. Breves notas sobre el 93 N° 16.

De acuerdo a nuestro plan de trabajo, corresponde que nos adentremos a examinar de manera general algunos aspectos sobre la facultad entregada al Tribunal para impugnar decretos supremos.

1. Antecedentes

En primer lugar, el artículo 93 N° 16 fue introducido por la Cámara de Diputados, en segundo trámite, pero los efectos de la sentencia que acoge el requerimiento se introdujo en el veto del Presidente de la República⁵.

Sin embargo, la actual redacción tiene dos precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal Constitucional: la sentencia dictada en el rol 116, el 27.12.1990 y la sentencia rol 325, de 26.06.2001⁶.

La primera de estas sentencias tuvo su origen en un requerimiento formulado ante el Tribunal Constitucional por diputados contra el D.S. N° 140, de 22 de

⁴ A nivel de libros, puede verse Silva Irrázaval, Luis; El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales; Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, 295 páginas. Henríquez Viñas, Miriam; Las fuentes formales del derecho; Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 87-103. A nivel de artículos, Cordero Quinzacara, Eduardo; El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria; en Revista de Derecho de la PUC de Valparaíso, XXXII, Valparaíso, primer semestre 2009, p. 409-440. Dorn Garrido, Carlos; El control de constitucionalidad del reglamento y la reforma de la ley N° 20.050; en Revista de Derecho, CDE, N° 18, diciembre 2007, p. 11-21. Fernández González Miguel Ángel; Antecedentes históricos y jurisprudenciales acerca de la potestad reglamentaria autónoma; en La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss; p. 737, a 753. A nivel de memorias, Irrázabal González, Paz; Una clasificación de las materias reservadas a la ley, Universidad de Chile, Santiago 2009. Gil Mc Cawley, Diego; Reserva de ley e intervención reglamentaria en la práctica constitucional chilena; Universidad de Chile, Santiago 2008.

⁵ Pfeffer Urquiaga, Emilio; Reformas constitucionales 2005; Editorial Jurídica 2005, p. 402 y 417.

⁶ En el mismo sentido, lo considera Silva Irrázaval, Luis; ob.cit. p. 154-155.

octubre de 1990, del Minvu. Se alegó no que el decreto invadía la ley, sino que afectaba la igualdad ante la ley, pues establecía un porcentaje de libre asignación por la autoridad del subsidio habitacional. El vicio de invasión de la reserva legal lo regulaba el antiguo 82 N° 12.

En la sentencia del 27.12.90, el Tribunal Constitucional resolvió que tenía competencia para conocer de los decretos inconstitucionales del Presidente de la República. Este criterio 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.

Lo particular del fallo de 27.12.90 radica en que el Tribunal Constitucional se declaró competente, pero rechazó la impugnación sustantiva de los requirentes. Además, precisó la naturaleza del control que realiza la Contraloría.

En el fondo, el problema fue el siguiente: si el 82 N° 5 permitía o no al Tribunal Constitucional conocer de cualquier infracción de la Constitución en que incurra un decreto, o solo de la infracción por invadir el ámbito de la ley. El Tribunal Constitucional interpretó que la fórmula “dicte un decreto inconstitucional” que utilizaba el 82 N° 5 era el género de los vicios. La invasión de la reserva de ley que regula el 82 N° 12, era un vicio particular. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional era competente para conocer de cualquier infracción a la Constitución. Su competencia no se agotaba a la invasión del ámbito de la ley.

La sentencia rol 116, entonces, permitió que se incorporara en el actual 93 N° 16 la competencia del Tribunal Constitucional sobre los decretos supremos “cualquiera sea el vicio invocado”.

La segunda sentencia, sobre la restricción vehicular, permitió que el Tribunal estableciera la legitimidad para requerir.

El origen del problema estaba asociado a que en el texto original de la Constitución se distinguía, según el vicio que se invocara, quienes podían requerir. Si el vicio era la inconstitucionalidad en general, podía hacerlo un ¼ de diputados o senadores, la Cámara y/o el Senado como cuerpos colegiados; sí, en cambio, se invocaba la invasión de ley, solo podían requerir la Cámara y/o el 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 ¼ de diputados y senadores.

El conflicto se produjo porque los requirentes alegaron que dicho decreto invadía la reserva legal. Por lo mismo, debieron invocar el 82 N° 12. Pero como requirieron

ron solo un grupo de senadores, el Tribunal tuvo que abocarse a definir su admisibilidad. El Tribunal consideró que el requerimiento era admisible. La Contraloría, al responder al Tribunal Constitucional por el requerimiento, sostuvo que si el Tribunal había admitido a tramitación el requerimiento, era porque entendía que el decreto no tenía vicios relativos a la invasión de la reserva legal. La admisibilidad, a juicio de la CGR, implicaba que se requería por el N° 5, no por el N° 12. El Tribunal tuvo que hacerse cargo de esta argumentación.

El Tribunal sostuvo que el 82 N° 12 se refiere a la potestad reglamentaria autónoma, mientras que el 82 N° 5, a la potestad reglamentaria de ejecución.

Específicamente, sostuvo lo siguiente.

“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 el Tribunal; pero para asegurarse de que su empleo fuera más razonable, dispuso que esta atribución solo 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 solo diez parlamentarios en ejercicio (números 2°, 3°, 5°, 9° y 11° del artículo 82);

Ante esta evidente realidad, es inaceptable sostener que la atribución conferida en el N° 12° del artículo 82 es especial o excepcional respecto de la contenida en el numeral 5°. 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° 12°, 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° 5°, 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 este. Es por ello que quienes pueden requerir en estos dos casos diversos sean titulares constitucionales distintos”.

Como se observa, dicha sentencia implica un quiebre con la de 1990. Ahí se había distinguido entre el 82 N° 5 y el 82 N° 12. El primero era el género y el

segundo la especie. Ahora, en cambio, se agrega otro distingo: El 82 N° 12 se refiere a la potestad reglamentaria autónoma, y el 82 N° 5 a la de ejecución.

Además, de acuerdo a esta última sentencia, la invasión de ley de la potestad reglamentaria de ejecución no estaba en el 82 N° 12, sino en el 82 N° 5.

Lo notable es que ninguno de dichos distingos estaba en el texto de la Constitución⁷.

Con la reforma del 2005 se buscó poner término a esta discusión sobre la legitimidad para 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 ejercicio de la potestad autónoma, solo pueden requerir la Cámara o el Senado como cuerpos colegiados.

Aparte de recoger la jurisprudencia que había establecido el Tribunal Constitucional en restricción para catalíticos, el fundamento del distingo se explica en que si el Presidente de la República invade la reserva de ley, los afectados, es decir, la Cámara o el Senado, son los que tiene que reaccionar. No es algo que quede entregado a las minorías; se requiere una reacción colectiva de dichas corporaciones.

2. La exigencia de un vicio

Un segundo aspecto que es necesario resaltar en el 93 N° 16 es que exige, para la procedencia del requerimiento, la existencia de un vicio de constitucionalidad. Como dice la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOOTC), “la cuestión podrá fundarse en cualquier vicio que ponga en contradicción el decreto con la Constitución” (art. 50). Ello descarta, por de pronto, el vicio de ilegalidad. La impugnación fundada en este vicio, es causal de inadmisibilidad del requerimien-

⁷ La decisión de 2001 la adoptó el Tribunal por voto de mayoría. La minoría, de los ministros Jordán y Figueroa, estuvo por mantener la tesis tradicional respecto del sentido y alcance del artículo 82 N° 5. Específicamente, su tesis esgrimió cinco argumentos.

- Primer argumento: potestades estrictas y taxativas. Las atribuciones que la Constitución le ha conferido al Tribunal son taxativas y de derecho estricto, lo que le veda absolutamente extenderse a materias que exceden su competencia (1°).

- Segundo argumento: la redundancia. La acción constitucional se ha entablado, en cuanto al primer capítulo, por veinte señores senadores, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros de esa Corporación, pretendiendo que su legitimación activa arranca del N° 5° del artículo 82 de la Carta. Si bien es cierto que esta disposición permite que un cuarto de cualesquiera de las cámaras legislativas impugne la constitucionalidad de un decreto supremo, es necesario interpretarla armónicamente con los demás numerandos de la misma disposición, varias de las cuales se refieren a la posibilidad de atacar, por razones constitucionales, actos emanados del Presidente de la República. Una interpretación amplia del numerando no es admisible como método hermenéutico. Tampoco resulta atendible recurrir a antecedentes históricos respecto de su establecimiento, toda vez que ellos no son lo suficientemente claros para asentar una conclusión distinta (2°).

to (art. 50 bis, inciso 2° N° 3). Ello es relevante porque la gran mayoría de los vicios del acto administrativo están contenidos en la ley⁸.

La Constitución contiene implícitamente una tipología de vicios de que pueda adolecer el decreto. Así, está el vicio de investidura (art. 7°); el vicio de incompetencia (art. 7°, 32 N° 6; 53 N° 3; 63; 76); el de procedimiento (art. 7°, 99); el de forma (art. 7°; 35); el relacionado con los hechos (art. 32, N° 20, y 45 inciso 1°); el de desproporcionalidad (art. 19 N° 26, art. 21 y 44); el de desviación de fin (art. 1° inciso 4°); el de violación de derechos (art. 5° inciso 2°; art. 20 inciso 1°; 38, inciso 1°); el de arbitrariedad (art. 19, N° 2 y 22; y art. 20 inciso 1°).

- Tercer argumento: la lógica. Lo señalado aparece particularmente claro del cotejo de los numerandos 5° y 12° del citado artículo 82, del que se desprende que ambos permiten declarar la 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° (3°).

- Cuarto argumento: distingos ajenos a la Constitución. La interpretación que busca la armonía entre ambos numerales, sosteniendo que el primero se refiere a la potestad reglamentaria de ejecución, en tanto que el segundo se remitiría a la potestad reglamentaria autónoma, importa introducir distinciones que el Constituyente no contempló, lo que no es admisible como método hermenéutico. Tampoco resulta atendible recurrir a antecedentes históricos respecto de su establecimiento, toda vez que ellos no son lo suficientemente claros para asentar una conclusión distinta (4°).

- Quinto argumento: literal. Es fuerza concluir que el reclamo debió encuadrarse en el numerando 12° y no en el 5°, como se hizo, de lo que se deriva como necesaria consecuencia que los accionantes carecen de legitimación activa. En efecto, como aparece con toda claridad del inciso final del artículo 82 de la Constitución, en este caso el requerimiento debía efectuarlo alguna de las Cámaras, actuando como corporación, siendo insuficiente la comparecencia de los veinte señores senadores. Es importante destacar, en este mismo orden de ideas, que el artículo 82 ha sido particularmente cuidadoso y restrictivo al señalar quienes se encuentra, 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 "solo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras..." (5°).

⁸ - La ley N° 19.880, establece también una tipología de los vicios del acto administrativo. Así, establece el vicio de procedimiento o de forma (art. 13 inciso 2°); el vicio relacionado con la motivación: incongruencia y falta de expresión de razones en la resolución final o en los actos de gravamen (art. 11 inciso 2° y art. 41); el vicio de incompetencia (art. 3° y 14 inciso 2°); el vicio que implique error de hecho (art. 60 letra b); el vicio de retroactividad (art. 52); el vicio por falta de emplazamiento (art. 60 letra a); el vicio por falta de imparcialidad (art. 12); vicios que afecten derechos (art. 11 inc. 2° y 60); proporcionalidad (art. 53). En todo caso, el vicio en la ley N° 19.880, debe cumplir con a lo menos dos requisitos. Debe ser esencial y acarrear perjuicio (art. 13). Además, el vicio es corregible o subsanables (art. 10 inciso 2° y 56); su impugnación no suspenda la aplicación del acto (art. 9, inciso final y art. 57) y el vicio de un acto no afecta todo el procedimiento (art. 53).

En la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado también hay una tipología de los vicios: el de violación de la Constitución y de la ley (art. 3°), el de incompetencia (art. 3°); el de abuso o exceso en el ejercicio de las potestades (art. 3°); el de finalidad (art. 3°, 28, 52, 53); el de opacidad (art. 53); el de motivación (art. 53); el de imparcialidad (art. 53, 54, 57).

La configuración del vicio que se alega es tan relevante, que para admitir a trámite el requerimiento, es esencial configurar “el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estimen transgredidas” (art. 39 y 50 bis, inciso 1° LOCTC).

El vicio puede ser cualquiera. El punto que puede originar un debate es si la expresión “cualquiera sea el vicio invocado” provocó una concentración de facultades en el Tribunal Constitucional. Y, por lo mismo, una exclusión de las atribuciones de otros órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, con el recurso de protección.

La tesis de la exclusividad en relación con el recurso de protección, tiene dificultades, primero, porque este es “sin perjuicio de los demás derechos que puede hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” el que sufra la amenaza, privación o perturbación en el legítimo ejercicio de sus derechos. Segundo, porque recurrir al Tribunal Constitucional tiene una legitimidad acotada; no puede impugnar cualquier persona sino una minoría calificada, la Cámara o el Senado como cuerpos colegiados. El recurso de protección, en cambio, lo puede presentar cualquiera. Tercero, porque el efecto del requerimiento acogido es único: el decreto desaparece del ordenamiento jurídico. Ello contrasta con el poder de las Cortes en el recurso de protección, que pueden dictar cualquier medida que restablezca el imperio del derecho. Cuarto, porque el recurso de protección exige ilegalidad, no inconstitucionalidad como el 93 N° 16.

Sin embargo, existen argumentos en favor de la exclusividad. En primer lugar, la reforma constitucional del 2005 concentró el control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional. Ahí se controlan los proyectos de ley, las leyes, los DFL, los autos acordados; también los decretos. En segundo lugar, la competencia es categórica, al ser privativa y amplia. Por ejemplo dentro de los vicios que se puede invocar, está la de vulneración del derecho, que es la causal básica de procedencia de la protección.

Por otra parte, como lo dejó establecido el Tribunal Constitucional, tempranamente en la sentencia rol 116, el 27.12.1990, en nada obsta a la impugnación la existencia de la toma de razón de un decreto supremo; esta solo genera una presunción de legalidad.

3. Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional

El tercer comentario al 93 N° 16, dice relación con los efectos que provoca que el Tribunal acoja el requerimiento. El artículo 94 utiliza la expresión “el decreto quedará sin efecto de pleno derecho”.

Dicha expresión puede dar lugar a dos interpretaciones. Por una parte, puede interpretarse que la sentencia produce efectos similares a la nulidad de derecho

público, y por tanto debe entenderse que el decreto nunca ha existido en el ordenamiento jurídico⁹ 10.

Por la otra, puede interpretarse que la declaración de inconstitucionalidad únicamente se refiere a los efectos de decreto, cesando estos de pleno derecho desde la dictación de la sentencia, toda vez que el artículo 94 de la Constitución no habla de nulidad de decreto, sino del cese de sus efectos, al utilizar la expresión “quedará sin efecto”.

La redacción del actual artículo 94 de la Constitución, puede ayudar a dilucidar el asunto. La norma distingue entre los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un decreto supremo, de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un auto acordado, DFL o precepto legal declarado inaplicable. Respecto de los primeros, la norma señala que quedan sin efecto de pleno derecho con el solo mérito de la sentencia; sobre los segundos, la norma señala que estos se entienden derogados desde el momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y agrega “la que no producirá efecto retroactivo”. Esta última expresión se refiere justamente a dicha publicación y no a la sentencia misma. Es decir, la derogación no podrá entenderse efectuada retroactivamente desde el momento de la sentencia. Así, podría interpretarse que la expresión “de pleno derecho” alude a que el cese en los efectos del decreto se produce con el solo mérito de la sentencia, sin necesidad de esperar a que esta sea publicada en el Diario Oficial.

Con todo, se trata de un tema discutible. Este asunto no ha sido aún resuelto por el Tribunal, pues en los pronunciamientos sobre control de decretos que se han efectuado con posterioridad a la reforma constitucional de 2005, únicamente se ha señalado que se acoge el requerimiento respectivo y se declara la inconstitucionalidad del decreto¹¹.

III. Precisiones sobre los decretos supremos y los reglamentos

Entrando ahora derechamente a la jurisprudencia del Tribunal, lo primero que haremos es puntualizar aspectos relacionados con el acto normativo que el artículo 93 N° 16 le encarga controlar al Tribunal Constitucional. Es decir, lo que entiende por decreto supremo.

Esta jurisprudencia puede dividirse en tres aspectos. Las características que reúne el decreto supremo; el rol del reglamento, y la restricción de la discrecionalidad

⁹ Esta tesis ha sido recogida por Bascuñán Silva, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional. T. IX., Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, p. 176.

¹⁰ El veto del Ejecutivo, con que se estableció el texto definitivo de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional, respecto de decretos, se orienta a darle efectos anulatorios.

¹¹ STC Roles N° 591, 740 y 1153.

del Presidente de la República sobre la dictación o no de una determinada norma reglamentaria.

1. Las características del decreto supremo

El Tribunal ha sostenido que el decreto supremo tiene varias características. Por una parte, se trata de una orden escrita; por lo mismo, no puede ser verbal (STC 591, 11.01.2007). Por la otra, emanan de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en quien radica única y excluyentemente dicha potestad (STC 591, 11.01.2007)¹².

¹² El Tribunal en la STC 591, 11.01.2007, en su considerando 21, hace una cita de distintos conceptos que ha entregado la doctrina. Así señala: “La doctrina nacional se ha encargado de señalar las características fundamentales que presentan los decretos y las resoluciones. Así, Patricio Aylwin Azócar señala que “los decretos, resoluciones y acuerdos (en) su aspecto formal (son) órdenes escritas emanadas de una autoridad administrativa. Si la autoridad es unipersonal, se llama decreto o resolución y si, por el contrario, el órgano administrativo que la dicta es colegiado, se llamará acuerdo” (Derecho Administrativo, Tomo I, 1961, p. 53). Enrique Silva Cimma, por su lado, explica que “en términos generales, entendemos por decreto la resolución dictada por cualquier autoridad sobre los asuntos o negocios de su competencia. Cuando esta resolución es dictada por el Presidente de la República, toma el nombre de Decreto Supremo, que según sea mayor o menor generalidad se denomina Decreto Reglamentario o simple Decreto Supremo. Cuando lo dictan los jefes de servicios, en nuestro derecho se denomina habitualmente resolución” (Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y Fuentes, 1996, p. 176). A su turno, Alejandro Silva Bascuñán precisa que “aun cuando las resoluciones no cabe entenderlas típicamente dentro del ámbito de la potestad reglamentaria propia, ya que no derivan del administrador supremo, como sucede con los decretos, reglamentos e instrucciones comprendidos en ella y, por otra parte, entran en el ámbito de la actividad administrativa, no puede dejar de tenerse en cuenta, tanto por estar mencionadas en el propio texto constitucional, como sometidas a análogo régimen de control de jurisdicción. Pues bien, cabe entender como resoluciones las decisiones de carácter general o particular adoptadas por los jefes de servicio, en ejercicio de facultades y funciones entregadas a la competencia del respectivo organismo para la satisfacción de sus propios objetivos. Según la ley orgánica de la Contraloría, algunas resoluciones, de acuerdo con su naturaleza y contenido, han de someterse al trámite de toma de razón” (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IX, 2000, p. 128). Emilio Pfeffer Urquiaga explica que “se entiende por decreto todo mandato u orden dictado por cualquier autoridad sobre asuntos o negocios de su competencia. Cuando esa resolución es dictada por el Presidente de la República, toma el nombre de decreto supremo y según sea su mayor o menor generalidad, se llamará decreto reglamentario o simple decreto supremo. El carácter general o permanente cualifica el reglamento, mientras que la especialidad y particularidad es esencial del decreto” (Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, 1990, p. 80). Por último Carlos Carmona Santander concluye que “se reserva el nombre decreto a las órdenes de las autoridades políticas y administrativas. Esto es importante de destacar, por una parte, porque la ley es también una orden escrita, solo que del legislador; y el juez también da órdenes escritas. Por la otra, porque no solo el Presidente de la República dentro de la Administración dicta órdenes, sino también otras autoridades vinculadas a él, como los jefes de servicios. Pero las órdenes de ellos se llaman resoluciones. Ahora, cuando el decreto es dictado por el Presidente, toma el nombre de decreto supremo” (Las formas de actuación de la administración, Las normas administrativas, 2004, p. 121); de modo que “la resolución es la concreción de la potestad reglamentaria de los jefes de servicio. Consiste en una orden escrita dictada por el jefe de servicio, de carácter obligatorio, en el ámbito de su competencia. La Ley N° 19.880 la define señalando que es “una orden escrita que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión” (Ibid., p. 193). El profesor Hugo Caldera Delgado señala también que “uno de los rasgos distintivos tanto de la ley como del reglamento consiste en que las disposiciones de estas normas no están referidas a personas o situaciones concretas o específicas sobre las que recaigan exclusiva y excluyentemente (...) Por el contrario, la generali-

El Tribunal también ha distinguido el decreto supremo simple del decreto reglamentario. Este último se caracteriza por ser general, pues contiene un conjunto de disposiciones armónicas no dirigidas a situaciones específicas o particulares. Los simples decretos importan decisiones concretas y específicas (rol STC 1153, 30.09.2008). Además, el reglamento se caracteriza por establecer normas permanentes, pues no se agota con su cumplimiento, como sucede con el simple decreto (rol STC 153, 25.01.1993; 591, 11.01.2007 y 1153, 30.09.2008). Enseguida, el reglamento establece normas obligatorias destinadas a facilitar la ejecución de la ley (rol STC 591, 11.01.2007). También, el reglamento se distingue porque en ellos no cabe la posibilidad de delegación de firma, por lo que necesariamente deben ser suscritos por el Presidente de la República y, además, por el ministro respectivo (rol STC 153, 25.01.1993; 591, 11.01.2007). Asimismo, el reglamento no puede ser eximido de la toma de razón (rol STC 591, 11.01.2007). Del mismo modo, el reglamento tiene carácter nacional (rol STC 591, 11.01.2007)¹³.

2. El rol del reglamento

Un segundo aspecto que vale la pena resaltar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el tema que se analiza, es el rol del reglamento. Este ha sido definido por el Tribunal de tres maneras diferentes.

dad como característica de la ley y del reglamento consiste en que estas categorías normativas son aplicables a un número indeterminado de personas y situaciones que queden comprendidas dentro de los requisitos y circunstancias previstos por aquellas” (Tratado de Derecho Administrativo, 2001, Tomo II, p. 199).

Recientemente el profesor Germán Bolona Nelly precisa que los reglamentos “son medidas de incidencia general e impersonal, obligatorias, permanentes y expedidas por órganos administrativos, de índole presidencial o ministerial” (El acto administrativo, 2005, p. 61) (C. 21°).

¹³ El Tribunal ha distinguido el decreto de la resolución. En STC rol 1035, de 22.05.2008, sostuvo: “A mayor abundamiento, debe considerarse que, si bien la Constitución no define los decretos supremos ni las resoluciones, tampoco los confunde, ni menos prohíbe dictar estas últimas. Así, la Carta Fundamental contempla preceptos que solo se refieren a los decretos supremos, como son los artículos 35 y 93, inciso primero, N° 16; mientras otras disposiciones, como es el caso de los artículos 93, N° 9 y 99, incisos primero y tercero, y 100, aluden, separadamente, a los decretos y a las resoluciones. Precisamente en uno de estos preceptos, en el artículo 93, inciso primero, N° 9, la Constitución permite a esta Magistratura resolver acerca de la constitucionalidad de una resolución del Presidente de la República”. (C. 6°). En el considerando 5°) estableció: “Desde luego, porque ella es inconducente para sostener que la Constitución no considere la existencia de resoluciones como un modo válido de regular ciertas materias. Por el contrario, como ha reconocido esta Magistratura en el considerando 16° del fallo que los requirentes pretenden invocar a su favor, los actos administrativos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 19.880, pueden tomar la forma de decretos supremos o de resoluciones. El decreto supremo, señala esa disposición, “es 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”. Por su parte, las resoluciones “son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”. Más aún, en el considerando 21° de esa misma sentencia, citando a don Alejandro Silva Bascañán, se señaló que “cabe entender como resoluciones las decisiones de carácter general o particular adoptadas por los jefes de servicios, en el ejercicio de facultades o funciones entregadas a las competencias del respectivo organismo para la satisfacción de sus propios objetivos”.

En consecuencia, esta Magistratura no ha desconocido ni ha restado validez a la distinción entre decretos supremos y resoluciones y ha reconocido, en conformidad a derecho, un ámbito regulatorio a estas últimas”.

En primer lugar, de una manera positiva. Este tiene por objeto, por una parte, pormenorizar lo que la ley regula de modo general. Así, ha señalado: “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 solo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica.” (STC rol 370, 9.4.2003). Por la otra, el rol del reglamento es dar elasticidad, flexibilidad y adaptabilidad a las regulaciones: “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.” (STC rol 370, 9.4.2003).

En segundo lugar, de la manera negativa, el Tribunal ha establecido que el reglamento no puede adicionar aspectos establecidos en la regulación. Por ello si se limita a reproducir disposiciones legales en vigor, sin innovar, ni incorporar regulaciones adicionales, concretando la regulación en su aplicación específica, no hay reproche que se le pueda formular¹⁴.

¹⁴ Así en la STC rol 465, de 30.03.2006, sostuvo: “La norma reglamentaria cuestionada en este capítulo, al definir los diversos niveles que comprende la educación parvularia, no establece un requisito adicional para el reconocimiento oficial de los establecimientos que imparten esa enseñanza, lo cual le estaría vedado por mandato del párrafo final del N° 11 del artículo 19 de la Ley Fundamental, sino que se limita a desarrollar y pormenorizar, en su detalle técnico, los niveles ya previstos por el Poder Constituyente y por la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, no como requisito de reconocimiento oficial sino en cuanto una particularidad propia de la educación parvularia (C. 18°).” 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” (C. 39°). En el mismo sentido, se observa la sentencia 373, 22.07.2003: “Analizados los preceptos legales transcritos o mencionados en los considerandos anteriores, e interpretados todos ellos en armonía con la cualidad no vinculante que tienen los informes y opiniones técnicas del Asesor Urbanista, de acuerdo a lo explicado en el acápite precedente, el Tribunal concluye aseverando que, en relación a las áreas verdes definidas en el Plan Regulador Comunal, el decreto supremo N° 66, impugnado, se limita a cumplir con lo dispuesto en ese ordenamiento legal, concretándolo en su aplicación específica al asunto aludido. Por idéntica razón, cabe agregar que ese acto administrativo no ha establecido ni otorgado nuevas competencias a dicho funcionario asesor, hallándose restringido tal acto a desarrollar o pormenorizar las atribuciones y facultades que se encuentran ya previstas en la legislación examinada.

Corresponde 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 solo ejecutiva de las leyes y siempre dependiente de lo que dispongan o preceptúen éstas últimas con antelación.”

En tercer lugar, el ámbito del reglamento ha sido definido por el Tribunal vinculado al carácter general de la ley, es decir, solo debe abordar las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

El punto de partida es el N° 20 del artículo 63. Este establece que es materia de ley “toda norma de carácter general y obligatoria que estatuye las bases esenciales del ordenamiento jurídico”.

El Tribunal Constitucional, en el fallo sobre restricción vehicular para los catalíticos (STC rol 325, 27.06.2001), reconoció la ambigüedad del 63 N° 20. Expresamente señaló:

“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 establecida 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 (C. 24°)”.

Esta normativa (el artículo 63 N° 20) ha dado pie para que la doctrina se divida sobre su sentido y alcance. El conflicto consiste en si la ley solo 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 solo respecto de alguna de ellas. Para una parte de la doctrina, este numeral no establece ningún requisito sustantivo a la ley. Esta, de acuerdo al mérito de la regulación, puede ir de lo general o 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 ley¹⁵.

Para otra parte de la doctrina, el artículo 63 N° 20 establece un requisito sustantivo a la ley. Esta solamente puede concentrarse en lo relevante y 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

¹⁵ Bulnes Aldunate, Luz, La extensión de la potestad reglamentaria en la Constitución de 1980, en XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso 1999, p. 203 a 206.

le corresponde la pormenorización, es decir, la regulación accesoria, adjetiva o secundaria de la norma legal.

En este último sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado:

“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 solo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica” (STC rol 370, 9.4.2003).

Tal como dice el profesor Cea “existe una reserva constitucional establecida en favor de la potestad reglamentaria, en especial la que corresponde ejercer al Presidente de la República, desprendiendo las consecuencias pertinentes. Tal reserva reglamentaria, no es una habilitación dispensada por el legislador, sino que el ejercicio, principalmente por el Primer Mandatario, de una potestad conferida directamente en la Constitución”. Tal atribución de competencia o reserva en favor de la potestad reglamentaria ratifica el mandato al legislador para dictar normas generales y básicas o principales, sin invadir el ámbito propio de dicha potestad. Como complemento, Cea agrega que en la determinación legislativa, el legislador debe sujetarse a los parámetros constitucionales, y “no está habilitado para abolir, reemplazar, sustituir o suprimir el ejercicio de la potestad reglamentaria subordinada en su ámbito propio, es decir, de regulación casuística, circunstancial, de complementación o, en general, de normatividad accesoria, adjetiva, minuciosa o secundaria en relevancia con respecto a la ley”¹⁶.

No obstante esta discusión, el Tribunal Constitucional ha reconocido el mandato a la ley para regular solo lo esencial¹⁷.

¹⁶ Cea Egaña, José Luis. Los principios de reserva legal y complementaria en la Constitución chilena, *Revista de Derecho*, Univ. Austral, V. IX, Valdivia 1998, p. 65 - 104.

¹⁷ Independientemente que ha reconocido la existencia de las “leyes de bases”. En la STC rol 254, de 26.04.1997, el Tribunal sostuvo: Cuando una ley es marco, corresponde al Ejecutivo o al órgano administrativo detallar su ejecución (22º). La ley hace una remisión al decreto de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero al propio tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación por la vía del decreto no vulnere los preceptos de la Constitución ya que no resulta “razonable” aceptar que el legislador ha encomendado a los órganos gubernamentales dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental (14º). La Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución. La Ley de Presupuestos no es más que un ejemplo particular de

En STC Rol 254, de 26.04.1997, señaló:

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

En STC Rol 370, de 9.4.2003, sostuvo:

“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 solo parcialmente cumplido.

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.

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 solo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”.

aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir, que a ella corresponde establecer las bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional. Dicho en otras palabras, la Ley de Presupuestos es una normativa típicamente autorizatoria, en términos generales o básicos, de un marco que contempla los lineamientos fundamentales de la política de ingresos y gastos del Estado para el año calendario, cuya aplicación queda entregada al Jefe de Estado (22°).

Por su parte, en la STC rol 325, 27.06.2001, afirmó: “Es útil consignar que ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución. En la situación en análisis, los dos cuerpos legales que se invocan como antecedente del acto administrativo impugnado –la Ley de Bases del Medio Ambiente y Ley del Tránsito– convocan reiteradamente a la potestad reglamentaria, y ambas podrían ser calificadas como leyes de bases, toda vez que serían encasillables dentro del concepto que consigna el N° 20) del artículo 60 de la Constitución. Ahora, específicamente respecto de la primera de las indicadas, la historia fidedigna de su establecimiento y muy en particular el Mensaje del Presidente de la República, refuerza lo antes anotado” (C.41°).

En STC Rol 480, de 27.07.2006, sostuvo:

“Al reservar la Carta Fundamental una determinada materia a la ley no priva, por este hecho, a esta de su esencia de norma general y abstracta, atributos que le son reconocidos como esenciales desde tiempos antiguos. La Constitución de 1980, a través del sistema de dominio legal máximo reafirmó estas características de la ley. En efecto, la Carta Fundamental, por medio de su artículo 63, estableció el dominio legal máximo, listando las únicas materias que podían ser tratadas por el legislador. Si bien el numeral 20 de ese precepto abrió esa enumeración con un lenguaje genérico, estableció con claridad que la ley debía ser una norma general que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (énfasis añadido). Si en el sistema de dominio legal máximo de la Constitución de 1980, el legislador debe limitarse a establecer las bases de un ordenamiento jurídico, queda entregada, salvo disposición expresa en contrario del propio Texto Fundamental, 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”. Reafirman la voluntad de la Constitución de que la ley mantenga el carácter general y abstracto, lo dispuesto en los numerales 4, 16 y 18 del mismo artículo 63 (C. 14°)”.

Es más, respecto de este problema, el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de criterios (Rol 370, 09.04.2003) para resolver el grado de densidad que debe tener la ley. El legislador, ha señalado:

“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 solo parcialmente cumplido” (STC Rol 370).

Los criterios a que nos referimos son los siguientes. En primer lugar, el legislador debe evitar la deslegalización. Cumplir, entera y satisfactoriamente con el mandato constitucional trazado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo, ha dicho el Tribunal Constitucional en la sentencia aludida, 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, como lo ha exigido este Tribunal en su sentencia oportunamente transcrita, son requisitos esenciales para que la potestad reglamentaria de ejecución se halle legítimamente habilitada.

En segundo lugar, es necesario evitar las cláusulas abiertas, las fórmulas en blanco. Ha señalado que “abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucio-

nal 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 solo 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. 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.”.

En tercer lugar, hay que evitar la discrecionalidad o inseguridad: “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. 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”.

3. Oportunidad de la dictación de los reglamentos

Tradicionalmente, se sostenía que la potestad del Presidente de la República es discrecional, pues puede dictar los reglamentos y decretos que estime conve-

nientes para ejecutar la ley o administrar el Estado, y definir su contenido. Ello implica una doble discrecionalidad: en relación al contenido (el Presidente define cuál es el contenido del reglamento) y en cuanto a su oportunidad (el Presidente define cuándo dicta el reglamento)¹⁸.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de cierta normativa legal cuando el Ejecutivo no ha dictado el reglamento y ello ocasiona falta de precisión en la regulación (STC rol N° 808 de 12.8.2008). También ha reprochado al legislador sujetar la entrada en vigencia de un órgano (CONAF) a la dictación de un decreto supremo que el Presidente no ha dictado (STC rol N° 1024 de 1.7.2008)¹⁹.

IV. Asuntos que el tribunal despejó, no obstante discusiones iniciales

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha despejado dos asuntos que fueron intensamente debatidos en su momento: el dominio máximo legal y la legitimidad del reglamento para regular.

1. Dominio máximo legal

La doctrina, durante los primeros 20 años de vigencia de la Constitución de 1980, fue pacífica en sostener, en base a la historia fidedigna de la Constitución, que la Carta Fundamental había establecido un dominio máximo legal²⁰.

Sin embargo, en las Jornadas de Derecho Público del año 2000, el profesor Teodoro Ribera cuestionó que nuestra Constitución estableciera un dominio máximo legal; a su juicio la Constitución de 1980 no innovó en esta materia respecto de la de 1925, es decir, estableció el dominio mínimo legal²¹.

¹⁸ Para Cordero Quinzacara, Eduardo; ob.cit. p. 24, “la discrecionalidad permite al Presidente de la República como titular de la potestad reglamentaria: i) apreciar si una ley determinada requiere o no para su adecuada ejecución de la emisión de uno o más reglamentos; ii) en caso afirmativo, la oportunidad de su emisión; iii) la variedad de materias a que el reglamento debe referirse en su regulación y la mayor o menor extensión que esta regulación complementaria de la ley deba alcanzar, y iv) finalmente, en qué han de consistir las reglas precisas que el reglamento haya de contener, pero estas naturalmente, no deben vulnerar el sentido de las disposiciones de la ley reglamentada”.

¹⁹ Al respecto, véase Román Cristián; El poder “In-Ejecutivo” (el deber constitucional del Presidente de ejecutar la ley y su infracción); en Revista de Derecho Público N° 70, 2008, p. 337-358.

²⁰ Molina Guaita, Hernán, La distribución de materias entre el dominio legal y el dominio reglamentario, Ponencia XVIII Jornada de Derecho Público, Concepción, 1988; Cea Egaña, José Luis, Dominio Legal y Reglamentario en la Constitución de 1980, Revista Chilena de Derecho, V. 11, 1984, p. 417-431.

²¹ Ribera Neumann, Teodoro, Reserva Legal y Potestad Reglamentaria en la Constitución de 1980, Ponencia XXXI Jornada de Derecho Público, Santiago, 2000. Los argumentos esgrimidos por el profesor Ribera para su tesis del dominio mínimo legal, son los siguientes:

i. El artículo 63 N° 20 de la Constitución abre el dominio de la ley. Por lo mismo, no puede sostenerse que la Carta Fundamental establezca un dominio máximo legal. De acuerdo a dicho numeral, el legislador puede abordar cualquier materia que “estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”. Por este

El antecedente que hace valer el profesor Ribera consiste en unas notas hechas por el secretario de la Junta de Gobierno en el sentido indicado, que consta en un documento interno de la Junta de Gobierno titulado “Constitución Política de Chile 1980. Transcripciones y antecedentes”.

El argumento del profesor Ribera se hizo valer por la parte requirente en el requerimiento formulado contra el decreto que establecía la restricción para los vehículos catalíticos.

El Tribunal Constitucional resolvió la disputa que planteó el profesor Ribera en el caso de la restricción vehicular de manera poco clara, aunque optando por la tesis del Ejecutivo.

En el fallo señaló: “La Junta de Gobierno no siguió ninguno de los sistemas propuestos, uno por la CENC y otro por el CE, pero en cuanto a la materia que se analiza y en lo que ella es atinente, se inclinó por la proposición de la señalada Comisión” (STC Rol 325).

Pero dos años más tarde, en otro asunto (STC Rol 370) ante la insistencia de la tesis del profesor Ribera por los requirentes, el Tribunal Constitucional la rechazó categóricamente.

Señaló:

“En la concreción de la labor descrita, el Tribunal estima necesario puntualizar, primeramente, que el principio de reserva legal, asociado con el dominio máximo fijado a la ley en el artículo 63 de la Constitución, es una de las características sustanciales de aquella, cuya importancia se realza al comparar el régimen hoy vigente, de una parte, con el dominio mínimo legal que contemplaba la Carta Fundamental de 1925 y sus reformas, de otra. 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”.

numeral, entonces, señala Ribera, el artículo 63 no establece un conjunto de materias taxativas entregadas a la ley.

ii. No hay en la Constitución ninguna exigencia para que las leyes solo aborden las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Solo tres numerales del artículo 63 establecen esta limitación (63 N° 4, 18 y 20). Todos los demás numerales deben abordar íntegramente la regulación a que se refieren. Ello implica que no hay una reserva reglamentaria, es decir, no hay un conjunto de materias que por el nivel de detalle, no son propias de ley. La Constitución no establece requisitos sustantivos a la ley. Esta puede abordar una regulación de modo general o pormenorizadamente. El detalle no está reservado al reglamento, pues puede normarlo la ley.

iii. La historia fidedigna debe ser reinterpretada. Recientes antecedentes de ésta demuestran que la Junta de Gobierno buscó mantener un equilibrio entre el Ejecutivo y el Legislativo. Por eso, descartó la fórmula de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado.

Con este fallo, el Tribunal Constitucional retomó su doctrina tradicional en la materia. Esta la había expresado en el fallo que resolvió la inconstitucionalidad de un proyecto de ley que aprobaba el traslado del Congreso Nacional a Santiago. Ahí sostuvo:

“La Constitución en actual vigencia al precisar que solo son materias de ley las que taxativamente enumera en su artículo 60 cambió el sistema del dominio legal mínimo establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, que contenía una enumeración no estricta ni rígida, sino abierta, de quince materias que solo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la ley en cualquiera otra materia en que la Constitución no la hubiera reservado expresamente a otra autoridad, por el sistema de dominio legal máximo o de dominio reservado a la ley, en el que esta debe contener solamente aquellas normas destinadas a resolver los problemas más importantes de la Nación, esto es, limitada solo a las bases esenciales sobre el ordenamiento jurídico que establece, pero sin penetrar al ámbito exclusivo de la potestad reglamentaria propia del órgano ejecutivo”. (STC Rol 242, 12.8.96).

El Tribunal Constitucional ha vuelto a reiterar la tesis del dominio máximo legal en sentencias posteriores. En la STC Rol 480, de 27.7.2006 sostuvo:

“En efecto, teniendo presente que la Carta de 1980 consagra el sistema de dominio legal máximo en el artículo 63 y además otorga al Ejecutivo la facultad de dictar reglamentos, decretos e instrucciones en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal en el artículo 32 N° 6, resulta evidente que la potestad reglamentaria de ejecución no puede sino dar aplicación a los preceptos legales en las mismas materias reservadas al dominio legal. Este es el único entendimiento armónico de lo dispuesto por la Carta Fundamental en los artículos 63 y 32 N° 6 ya referidos” (C 13).

En la STC Rol 577, de 26.4.2007, a raíz del cuestionamiento del decreto N° 80, de Minsepres, que establecía una norma de emisión para el estero de Carén, señaló que el artículo 63 de la Constitución establece el dominio máximo legal, sostuvo:

“Por último, el requerimiento señala como infringidos los artículos 7° y 63 de la Constitución Política, normas que, respectivamente, establecen como base de la institucionalidad el principio de juridicidad y el dominio máximo legal” (C. 22°).

En definitiva, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el dominio máximo legal, se pueden distinguir tres etapas. Entre 1990 y el año 2001, el Tribunal Constitucional sostiene que hay dominio máximo legal. Entre el año 2001 y 2002, el Tribunal Constitucional evita un pronunciamiento categórico en la

materia. Pero a partir del 2002 en adelante, el Tribunal Constitucional sostiene que hay dominio máximo legal²².

En todo caso, el impacto del dominio máximo legal en la cantidad de leyes que se dictan es significativo si se observa la tabla siguiente. En ella se constata que bajo la Constitución de 1925, el legislador era mucho más prolífero.

Tabla N° 5. impacto cuantitativo del dominio máximo legal

Período	Número de Leyes
1963-1973	2897 ²³
1973 ²⁴ -1981 ²⁵	3660 ²⁶
1981-1990 ²⁷	932
1990-2000 ²⁸	684 ²⁹
2000-2010 ³⁰	754 ³¹

2. La legitimidad del reglamento para regular

En la relación ley-reglamento, tanto en el Tribunal Constitucional, como a nivel de tribunales ordinarios, se han debatido dos posiciones claramente diferenciadas. Una posición sostiene que el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos, ni aún para ejecutar la ley. Cuando la Constitución entrega al

²² La doctrina comienza a retomar la explicación histórica sobre el dominio máximo legal. Al respecto, Fernández González, Miguel; ob. cit. p. 478.

²³ De este total, 1113 leyes conceden o aumentan pensiones, y 221 reconocen o abonan tiempos de servicio.

²⁴ Desde 11.9.1973.

²⁵ 11.3.1981. De acuerdo a la disposición decimotercera transitoria del texto original de la Constitución, el primer período presidencial comenzó a regir el 11.3.1981.

²⁶ Corresponden a decretos leyes dictadas por la Junta de Gobierno.

²⁷ El 11.3.1990 asumió Patricio Aylwin Azócar como Presidente de la República, por un período de cuatro años.

²⁸ El 11.3.2000, asumió como Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar. El período 11.03.1990-11.3.2000, corresponde entonces a los períodos presidenciales de Patricio Aylwin y Eduardo Frei. Este último gobernó por seis años (11.3.1994-a 11.3.2000)

²⁹ Durante el período de cuatro años de Patricio Aylwin se publicaron 325 leyes. En el de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, de seis años, 368.

³⁰ Esta década corresponde al período presidencial de Ricardo Lagos, que duró seis años (11.3.2000 a 11.3.2006), y al de Michelle Bachelet, que duró cuatro años (11.3.2006 a 11.3.2010)

³¹ Este número corresponde a 426 leyes publicadas durante el Gobierno de Ricardo Lagos y a 328 de la Presidenta Michelle Bachelet.

legislador abordar una materia, excluye por ese solo hecho la potestad reglamentaria del Presidente de la República³².

La otra posición sostiene que el reglamento es una técnica de colaboración en la ejecución de la ley. Hay materias que el legislador no puede abordar por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc. En esos casos, puede convocar al reglamento, fijándole los parámetros de su intervención. En la Constitución no existe una reserva de ley sino que varias. Dependerá de la intensidad de la reserva el ámbito del reglamento. En todo caso, la ley solo debe limitarse a establecer las bases esenciales de un ordenamiento jurídico³³.

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

a. La larga marcha hacia la legitimidad

Como recién señalamos, el Tribunal Constitucional fue progresivamente evolucionando a declarar una mayor colaboración reglamentaria en las regulaciones. Podemos sostener que en esa evolución hay tres etapas.

En una primera etapa, el Tribunal Constitucional sostuvo que es posible y lícito regular (STC Rol 325, 26.06.2001). En efecto, en el fallo sobre restricción vehicular, el Tribunal sostuvo que era posible y lícito que el Poder Ejecutivo hiciera uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para hacer así posible el mandato legal.

En una segunda etapa, el Tribunal sostuvo que la Constitución diseña un régimen que armoniza potestad legislativa con la potestad reglamentaria (STC rol 370, 9.4.2003). En este fallo, el Tribunal sostiene lo siguiente:

“Para resolver acertadamente el problema que le ha sido planteado, el 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 destina-

³² A nivel de doctrina, esta posición la sostiene Soto Kloss, Eduardo; *Ley y reglamento: su aplicación en el derecho chileno*; en *Revista Ius Publicum* N° 3, Santiago 1999, p. 33-47; Fermandois, Arturo; *La reserva legal: una garantía sustantiva que desaparece*; en *Revista Chilena de Derecho*, N° 28, N° 2, Santiago 2001, p. 287-298.

³³ A nivel de doctrina, esta posición la sostiene García Pino, Gonzalo; *La reserva legal de derechos constitucionales ¿poder legislativo contra la administración?*; Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2004; Carmona Santander, Carlos; *Un nuevo estadio de la relación ley-reglamento: el ámbito del reglamento*; en *Revista de Derecho Público* N° 63, Santiago 2002, p. 154-190.

da 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. Al proceder en los términos enunciados, esta Magistratura es coherente con la doctrina, reiterada y uniforme, que fluye de sus sentencias y que será transcrita o citada, a la vez que vela por el respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son lo concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta Fundamental con el control previsto en ella para infundirle eficacia”.

En la tercera etapa, el Tribunal sostiene que la actividad se regule por ley no excluye la colaboración reglamentaria (STC rol 480, 27.7.2006). El Tribunal establece dos afirmaciones complementarias para construir su jurisprudencia: que la actividad económica se regula por ley; pero ello no excluye la colaboración reglamentaria.

En relación a que la actividad económica se regula por ley, el Tribunal establece que regular es imponer deberes: “Todo precepto que establece un deber para quien ejerce el derecho a desarrollar una actividad económica, sujeta ese ejercicio a una regulación, toda vez que el sujeto que desarrolle la actividad no será libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que deberá hacerlo del modo en que ella ha quedado regulada”. En consecuencia, para el Tribunal: “Las normas que establecen deberes a las empresas de generación o distribución eléctrica, deben estar contenidas en preceptos legales. Igual estatuto ha de aplicarse al resto de las normas que, inseparablemente vinculadas con ellas, establecen que el incumplimiento de tales deberes deben ser sancionados y las que establecen las sanciones. Es el caso de todas y cada una de las normas impugnadas de inconstitucionalidad en esta causa”. El fundamento constitucional de lo anterior radica en que: “Las normas que regulen el ejercicio de una actividad económica lícita deben estar contenidos en preceptos de rango legal, según lo dispone expresamente el numeral 21 del artículo 19 al establecer que “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”, debe hacerse “respetando las normas legales que la regulen”). En consecuencia, la Constitución reserva a la ley la regulación de la actividad económica lícita”.

El segundo paso del razonamiento del Tribunal es sostener que dicha regulación no excluye la regulación reglamentaria. Para ello, señala: “La Constitución reserva a la ley, manifestación de la voluntad soberana y norma con la máxima publicidad, el establecimiento sustantivo de los deberes y de las sanciones que puedan imputarse a su incumplimiento. Al mismo tiempo, y dentro de los límites constitucionales y legales, faculta a la administración para dictar las normas reglamentarias que juzgue convenientes para la ejecución de los deberes legales”.

Reafirmando lo anterior, señala: “El principio de legalidad no excluye la colaboración de la potestad reglamentaria de ejecución, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución ha reservado a la ley y solo a ella disponer en todos sus detalles en una determinada materia”. De manera sintética, concluye: “Afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia”.

Los fundamentos que entrega el Tribunal para esta colaboración, son tres: la interpretación armónica del artículo 63 y 32 N° 6³⁴; por la naturaleza general y abstracta de la ley³⁵, y por la división de funciones³⁶.

³⁴ “La potestad reglamentaria de ejecución de las leyes le está expresamente conferida al Presidente de la República en el artículo 32 N° 6 de la Constitución. El ámbito de regulación de la potestad reglamentaria de ejecución coincide con aquel que la propia Constitución reserva al dominio legal, si bien le está subordinada. En efecto, teniendo presente que la Carta de 1980 consagra el sistema de dominio legal máximo en el artículo 63 y además otorga al Ejecutivo la facultad de dictar reglamentos, decretos e instrucciones en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal en el artículo 32 N° 6, resulta evidente que la potestad reglamentaria de ejecución no puede sino dar aplicación a los preceptos legales en las mismas materias reservadas al dominio legal. Este es el único entendimiento armónico de lo dispuesto por la Carta Fundamental en los artículos 63 y 32 N° 6 ya referidos: el primero establece las únicas materias que pueden y deben ser reguladas por la ley (materias de reserva legal), mientras el segundo distingue dos categorías excluyentes de decretos: los autónomos, llamados a regular “todas aquellas materias que no sean del dominio legal” y los de ejecución, consagrados a través de la facultad de dictar “los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”. De la sola lectura de los dos preceptos resulta evidente que la potestad reglamentaria de ejecución solo puede darse en materias reservadas al dominio legal, pues en las demás el legislador está vedado y deben ser reguladas por la potestad reglamentaria autónoma. Si esta facultad de dictar “los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes” está concedida por la propia Constitución al Presidente de la República, es evidente que la Carta Fundamental acepta, salvo los casos en que lo excluya expresamente, la regulación normativa subordinada de la administración en materias reservadas al dominio legal”.

³⁵ “Al reservar la Carta Fundamental una determinada materia a la ley no priva, por este hecho, a esta de su esencia de norma general y abstracta, atributos que le son reconocidos como esenciales desde tiempos antiguos. La Constitución de 1980, a través del sistema de dominio legal máximo reafirmó estas características de la ley. En efecto, la Carta Fundamental, por medio de su artículo 63, estableció el dominio legal máximo, listando las únicas materias que podían ser tratadas por el legislador. Si bien el numeral 20 de ese precepto abrió esa enumeración con un lenguaje genérico, estableció con claridad que la ley debía ser una norma general que estatuyera las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (énfasis añadido). Si en el sistema de dominio legal máximo de la Constitución de 1980, el legislador debe limitarse a establecer las bases de un ordenamiento jurídico, queda entregada, salvo disposición expresa en contrario del propio Texto Fundamental, 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”. Reafirman la voluntad de la Constitución de que la ley mantenga el carácter general y abstracto, lo dispuesto en los numerales 4, 16 y 18 del mismo artículo 63”.

³⁶ “Como efecto de las consideraciones precedentes, la colaboración reglamentaria, no se encuentra entonces excluida por el principio de reserva legal, salvo los casos en que la propia Constitución ha dispuesto que solo la ley puede regular una cierta materia o disponer en ciertas cuestiones. Como lo afirma la doctrina especializada, “...por intenso que sea el Principio de Reserva Legal, nunca excluirá del todo o por completo la intervención de los órganos administrativos. Imaginar lo contrario equivale a convertir la ley en reglamento y a concentrar en el órgano legislativo las dos potestades aludidas, quebrantando el Principio de Separación de Órganos y lesionando la eficiencia que se gana, con sujeción al mismo Principio, en la división de las funciones estatales.”

*b. La exclusión del reglamento autónomo de la regulación*³⁷

El Tribunal ha reconocido la existencia del reglamento autónomo³⁸ y del reglamento de ejecución. Al respecto, ha señalado:

“Por su parte, el Poder Constituyente estableció en el artículo 32, N° 8, 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” (STC rol 325, 27.6.2001).

Pero ha excluido al reglamento autónomo de la regulación, señalando:

“De igual forma, de los considerandos anteriores debe seguirse que la colaboración reglamentaria está, a todo evento, restringida por la Constitución en los casos, como lo es el derecho administrativo sancionador, en que rige el principio de legalidad. Si en el estatuto jurídico de la actividad sancionatoria de la administración está legitimada la potestad reglamentaria de ejecución, no lo está la autónoma, en el sentido que sin suficiente cobertura legal, un decreto, reglamento o instrucción no puede constitucionalmente establecer deberes administrativos que limiten el ejercicio del derecho a llevar a cabo una actividad económica lícita y a cuyo incumplimiento se vinculen sanciones. El estatuto de las garantías constitucionales establece claros límites a la manera en que la ley debe describir conductas infractoras de deberes administrativos y no entrega a la discrecionalidad administrativa la creación autónoma de tales deberes o la fijación de sus sanciones” (STC rol 480, 27.7.2006).

³⁷ Sobre el reglamento autónomo, “La potestad reglamentaria autónoma. La revolución que no tuvo lugar”. Patricio Muñoz Díaz, Revista Ius Publicum N° 8, 2002; “La potestad reglamentaria autónoma”, Kamel Cazor, Aliste, Revista de Derecho, Universidad Austral, V. 10, 1999; Fernández González Miguel Ángel; ob. cit.

³⁸ Se ha sostenido que el hecho que no hay muchos reglamentos autónomos, explica el fracaso de su diseño. Al respecto cabe señalar, en primer lugar, 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 por reglamento. Por ejemplo, la firma electrónica para los OAE se reguló primero por reglamento y luego se hizo por ley. Y no hubo drama en esa mutación. Si, en cambio, el gobierno estuviera en minoría en el Congreso, la tentación por usar el reglamento sería mayor. En segundo lugar, existen algunos ejemplos de reglamentos autónomos. Por ejemplo, la creación de comisiones asesoras presidenciales; el decreto que regula el pase escolar (D.S. N° 20, Transportes, 1982); el decreto que establece el cambio de hora (D.S. N° 1489, Interior, 1970, y D.S. N° 1142, Interior, 1980); el que regula las clases de religión (D.S. N° 924, Educación, 1984); el que reconoce como tradición nacional las carreras a la chilena (D.S. N° 954, Interior, 2004), etc.

c. Áreas en que el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad de la colaboración reglamentaria

Esta evolución de la legitimidad para que el reglamento pueda regular ha concluido en que este puede incursionar en áreas extremadamente sensibles, como la propiedad, la sanción penal, la sanción administrativa, los tributos, la subvención educacional.

En materia de propiedad, el Tribunal Constitucional ha establecido un doble criterio de análisis. Por una parte, ha establecido cierto deber al legislador de tener densidad normativa al momento de regular, excluyendo las leyes en blanco o la deslegalización. En cuanto a la densidad ha dicho lo siguiente:

“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.” (STC Rol 370.9.4.2003).

Respecto a las leyes en blanco ha sostenido que:

“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.” (STC Rol 370.9.4.2003).

En cuanto a la deslegalización, sostuvo:

“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.” (STC Rol 370.9.4.2003).

Por la otra, en cuanto al rol del reglamento ha sostenido que este tiene un rol muy preciso:

“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 solo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica.” (STC Rol 370.9.4.2003).

El Tribunal Constitucional agrega:

“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.” (STC Rol 370.9.4.2003).

En segundo lugar, en materia de sanciones penales, en la STC rol 468, de 9.11.2006, el Tribunal admite la colaboración reglamentaria en materia penal. En este caso se impugnaba una norma vía recurso de inaplicabilidad. Esta establece lo siguiente: “Será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados o con pérdida de su estado militar, el militar: 3º El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”.

Se objetó dicho precepto porque no describe completa y expresamente la conducta que sanciona, pues no señala cuáles son los deberes militares cuyo incumplimiento conlleva la pena.

El Tribunal rechaza el alegato en base a dos argumentos. Por una parte, a que está descrito el núcleo de la conducta. Se admite que la expresión “deje de cumplir sus deberes militares” es equivalente a describir el “núcleo central de la prohibición”, para utilizar el concepto jurisprudencial constitucional español, tratándose de una conducta atribuible solo a los militares, quienes, en tanto grupo de sujeción especial, conocerían sus deberes y, por lo tanto, las consecuencias de su no cumplimiento. Puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del “núcleo central” de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en

que los “deberes militares” no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de “disciplinadas” que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas. Por la otra, el Tribunal considera que la remisión para describir la conducta punible se encuentra establecida en el propio cuerpo legal Código de Justicia Militar, al disponer el inciso primero de su artículo 431: “El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar.” Fundado en esta norma, se encuentra vigente el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, N° 1.445, de fecha 14 de diciembre de 1951, con modificaciones, cuyo Capítulo I, integrado por 28 artículos, se denomina “De los Deberes Militares”.

En tercer lugar, en materia de sanciones administrativas, el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad de la intervención en la regulación de las sanciones administrativas (STC Rol 480, 27.7.2006). Ello lo ha hecho en dos pasos. Primeramente, ha afirmado que la actividad económica se regula por ley. El fundamento constitucional de lo anterior radica en que: “Las normas que regulen el ejercicio de una actividad económica lícita deben estar contenidos en preceptos de rango legal, según lo dispone expresamente el numeral 21 del artículo 19 al establecer que “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”, debe hacerse “respetando las normas legales que la regulen”). En consecuencia, la Constitución reserva a la ley la regulación de la actividad económica lícita.” El segundo paso, el Tribunal Constitucional es sostener lo siguiente: “La Constitución reserva a la ley, manifestación de la voluntad soberana y norma con la máxima publicidad, el establecimiento sustantivo de los deberes y de las sanciones que puedan imputarse a su incumplimiento. Al mismo tiempo, y dentro de los límites constitucionales y legales, faculta a la administración para dictar las normas reglamentarias que juzgue convenientes para la ejecución de los deberes legales”. Reafirmando lo anterior, señala: “El principio de legalidad no excluye la colaboración de la potestad reglamentaria de ejecución, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución ha reservado a la ley y solo a ella disponer en todos sus detalles en una determinada materia”. De manera sintética, concluye: “Afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia”. Y en el ámbito que nos ocupa categóricamente sostiene: “A igual conclusión de aceptar por regla general la colaboración reglamentaria en materias reservadas por la Constitución al dominio legal, debe llegarse en virtud de lo dispuesto en el inciso final del

numeral 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental. En efecto, y tal como ha tenido oportunidad de desarrollar este Tribunal en sentencia de 4 diciembre de 1984, Rol N° 24, relativo a un requerimiento sobre la Ley de Drogas, el texto del artículo 19 N° 3 exige que la conducta se encuentre “expresamente” descrita en la ley, pero no que esté “completamente” descrita en el precepto legal. Este último adjetivo calificativo fue incluido en la propuesta de precepto constitucional hecho por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, pero deliberadamente eliminado por la Junta de Gobierno, lo que debe necesariamente interpretarse como una aceptación, en esta materia, de la colaboración de la potestad reglamentaria en la descripción de la conducta sancionable”.

En cuarto lugar, en materia tributaria, el Tribunal también reconoce legitimidad del reglamento para regular, siempre que la ley fije los parámetros según los cuales debe regirse el reglamento. Así, en su sentencia rol N° 718 (25.1.2007) (jurisprudencia reiterada en las sentencias roles N° 759 (28.3.2007) y 773 (18.4.2007) y 1234 (22.9.2008) se pronunció acerca de la constitucionalidad de una ley que convocaba al reglamento para determinar el contenido de un convenio de cuya celebración dependía el goce de una exención.

“respecto de la eventual infracción al principio de reserva legal establecido en la Constitución Política, es del caso indicar que –en principio– tratándose de la tasa del impuesto, existe doctrina jurisprudencial en cuanto a que cabría eventualmente la potestad reglamentaria de ejecución, siempre y cuando su labor se limite a una mera actividad técnica de determinación y no a la utilización de facultades discrecionales por parte del ente administrativo, tal como se ha explicado en el capítulo tercero de este fallo;

así las cosas, resulta fundamental examinar si, a la luz de lo señalado en el capítulo segundo, la disposición contenida en el artículo 7º de la Ley fijó y precisó debidamente los parámetros para la concurrencia de la potestad reglamentaria de ejecución, impidiéndose así una actuación discrecional y arbitraria en el ajuste de las respectivas tasas;

Que de la lectura del precepto legal que se impugna se desprende que la autoridad administrativa solo ha sido facultada para realizar operaciones aritméticas objetivas conducentes a ajustar, mas en modo alguno a establecer, las nuevas tasas del impuesto territorial. Que, de este modo, es posible sostener que la tasa ha sido establecida directamente por el legislador, de modo que la autoridad administrativa, en el ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución, solo ha podido ajustarla en conformidad a los criterios que ha señalado el efecto la propia ley, como es la circunstancia del acaecimiento de ciertos hechos futuros que el legislador no ha podido prever a priori al momento de dictar el precepto legal. De todo lo anterior se deduce que el precepto legal en cuestión no ha vulnerado la Carta Fundamental y, particularmente, la reserva legal tributaria”.

En todo caso, la posibilidad de colaboración reglamentaria tiene varios límites que el Tribunal ha expresado de la siguiente manera. En primer lugar, es necesario que la ley se remita al reglamento:

“de este modo, el precepto legal que se impugna contiene una remisión normativa pura y simple a la potestad reglamentaria de ejecución, sin señalamiento de pauta alguna a la que deba sujetarse la autoridad administrativa, lo que repugna al principio de legalidad tributaria, en los términos que se ha señalado en los capítulos II y III del presente fallo. Así, al tenor del precepto legal que se cuestiona, será el Reglamento el que establecerá –por sí y ante sí– las condiciones y características que deban reunir los convenios que corresponda suscribir a los recintos deportivos particulares para que en definitiva puedan gozar de la exención del pago del impuesto territorial, limitándose a indicar exclusivamente que el sujeto beneficiario del uso gratuito de las instalaciones será un colegio municipalizado o, en su caso, un particular subvencionado”;

En segundo lugar, la remisión debe ser determinada y específica.

“adicionalmente, no debe olvidarse, como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal, que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales 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”. El segundo requiere que la ley “indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad” (Rol N° 235, consid. 40°).”

En tercer lugar, la ley debe contener los aspectos esenciales de la regulación, de manera que el reglamento fije solamente los aspectos de detalle.

“...A su turno, si bien la potestad reglamentaria de ejecución de ley es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social de la propiedad, como lo ha señalado esta Magistratura, “*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, cercana 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*” (Rol N° 370, consid. 23°). En consecuencia con lo anterior, no cabe la remisión normativa genérica y sin delimitación alguna a la potestad reglamentaria. Por lo mismo, como lo ha precisado esta Magistratura, “*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". (Rol N° 370, consid. 19°).

En la sentencia que se ha citado, el Tribunal sintetiza su doctrina de la reserva de ley en materia tributaria de la siguiente manera:

- Los elementos esenciales de la obligación tributaria deben quedar fijados suficientemente en la ley, no pudiendo efectuarse remisiones vagas y genéricas a la potestad reglamentaria de ejecución (STC rol N° 718, 25.1.2007).
- A la luz del principio de legalidad tributaria, los elementos esenciales de la obligación tributaria deben encontrarse suficientemente señalados y precisados en la ley. Ello dice relación con el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el procedimiento para determinar la base imponible, la tasa, las situaciones de exención y las infracciones (STC rol N° 718, 25.1.2007).
- Le corresponde a la ley, emanada del Congreso Nacional, indicar con suficiente precisión todos los elementos esenciales de la obligación tributaria, esto es, el sujeto pasivo obligado, el hecho gravado, la base imponible, la tasa imponible y las situaciones de exención"; (STC rol N° 718, 25.1.2007).
- En suma, es la ley la encargada de precisar los elementos esenciales de la obligación tributaria, pudiendo la potestad reglamentaria de ejecución solo desarrollar aspectos de detalle técnico que, por su propia naturaleza, el legislador no puede regular, pero que este debe delimitar con suficiente claridad y determinación" (STC rol N° 718 25.1.2007).
- Resulta concordante con el principio de reserva legal tributaria el que todas las exenciones y, en general, los beneficios tributarios, como igualmente su modificación o eliminación –al tenor de lo prescrito en los artículos 19 N°s 20 y 22 de la Constitución Política de la República–, queden suficientemente establecidos por el legislador. Una tesis contraria, como se ha sostenido, "implicaría una inaceptable asimetría en la medida que unas actuaciones –establecimiento de las exenciones- quedarían cubiertas por la reserva legal, en tanto que en el resto –modificación y supresión– no ocurriría lo propio". (Clemente Checa González, Interpretación y aplicación de las normas tributarias –análisis jurisprudencial–, 1998, p. 166). En síntesis, como se ha precisado sobre el alcance de este punto, "las exenciones constituyen, en esencia, elementos que por consideraciones objetivas o subjetivas determinan un tratamiento especial o, si se quiere, no igualitario. Por ello no puede ser sino el legislador el que determine su procedencia y los elementos en que se funda". (Víctor Manuel Avilés Her-

nández, *Legalidad Tributaria*, p. 107). En definitiva, solo en virtud de una ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, cuya discusión debe originarse en la Cámara de Diputados, se puede establecer tributos o, por el contrario, eximirse de los mismos o modificarse su alcance” (STC rol N° 718, 25.1.2007).

En quinto lugar, el Tribunal también ha permitido la colaboración reglamentaria en materia de subvención educacional. El Tribunal Constitucional ha declarado que la subvención educacional es un área de intensa colaboración reglamentaria. En efecto, al pronunciarse acerca de un requerimiento en contra del proyecto de ley que modificó la Ley de Subvenciones de Educación³⁹, sostuvo que la regulación de las subvenciones caía dentro de aquellas materias de ley que señala el artículo 63 N° 20 de la Constitución, esto es, las que se denominan leyes de bases, que son aquellas que:

“el sistema de fuentes del derecho contemplado en la Constitución permite aprobar sobre cualquier asunto en que no esté vedada la intervención del legislador, pero solo en sus aspectos fundamentales”.

En cuanto tal, la convocatoria a la potestad reglamentaria es legítima, en la medida que cumpla con los criterios de densidad normativa que ha fijado el propio Tribunal en su jurisprudencia. Así, en aquel caso, el Tribunal sostuvo:

“Que la norma en análisis, si bien entrega al reglamento la determinación de los requisitos, instrumentos o pruebas diagnósticas que permitan establecer si concurre en un alumno una “Necesidad Educativa Especial de Carácter Transitorio”, la cual, cuando existe, permite al establecimiento educativo percibir la correspondiente subvención especial, no es una disposición que carezca de la densidad normativa propia de una ley de bases (...) No estamos, como puede apreciarse de la sola lectura de la norma legal impugnada, ante una remisión en blanco al reglamento sino frente una disposición que fija principios y criterios, transitoriedad de la necesidad educativa, origen en un trastorno o discapacidad diagnosticada por un profesional competente y exigencia de ayudas y apoyos extraordinarios para su superación, elementos que, a juicio de este Tribunal, constituyen una delimitación legal suficiente para el debido ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en una materia que por su carácter técnico y especializado resulta adecuado que sean reguladas por ella”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha tenido un criterio menos tolerante con la potestad reglamentaria cuando se trata de la regulación de aquellas materias orgánicas constitucionales vinculadas a la libertad de enseñanza. Así, a pro-

³⁹ STC rol 771, 19.6.2007.

pósito del control obligatorio de la Ley General de Educación⁴⁰ declaró inconstitucional la oración final del artículo 37 inciso final⁴¹, atendido que:

“las excepciones a la generalidad del sistema de evaluación periódica que dicho precepto establece, deben ser materia a determinar por la ley con sujeción al artículo 63 de la Constitución y no regulables, por consiguiente, por el mero ejercicio de la potestad reglamentaria”^{42 43}.

⁴⁰ STC rol 1363, 28.07.2009.

⁴¹ “Las evaluaciones nacionales periódicas serán obligatorias y a ellas deberán someterse todos los establecimientos educacionales de enseñanza regular del país, sin perjuicio de las excepciones que establezca el reglamento”.

⁴² No obstante que el Tribunal ha permitido la colaboración reglamentaria en materia de derechos, en la STC 1153, de 11.09.2008, el TC constató una serie de infracciones constitucionales porque decretos supremos regulaban materias relativas a la administración financiera del Estado que eran propias de ley. En tal caso se cuestionaban dos decretos supremos que autorizaban el endeudamiento de la Cuenta de Reembolso del Transantiago con entidades crediticias.

Así, este fallo constituye un paréntesis en su jurisprudencia sobre flexibilidad presupuestaria.

En primer lugar, el Tribunal declaró que los decretos impugnados infringían el art. 63 N° 7 de la Constitución. Por un lado, sostuvo que:

“desde una perspectiva constitucional, entonces, es claro que un endeudamiento como el autorizado por el Decreto Supremo N° 46 requeriría de un debate parlamentario que se tradujese en la dictación de una ley especial que confiriera la autorización, puesto que, evidentemente, está en juego la estabilidad financiera del mismo Estado y también el ejercicio eficaz de su potestad administrativa que apunta a la satisfacción de las necesidades de los gobernados.

Consecuentemente, el Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, resulta inconstitucional por permitir el endeudamiento del Estado sin una ley que lo autorice”.

Luego, la sentencia analiza críticamente la densidad normativa de la remisión legal al reglamento:

“no puede estimarse suficiente, de acuerdo al propósito del Constituyente, la autorización genérica consignada en el inciso tercero del artículo 7° de la Ley N° 20.206, que indica que “podrán efectuarse inversiones financieras de las que será titular la Cuenta y contraer deuda con cargo a la misma en las condiciones y plazos que se establezcan en los contratos de endeudamiento respectivos”. (...) si la autorización debe destinarse a financiar proyectos específicos e indicar con cargo a qué recursos se va a pagar la deuda, no puede otorgarse por medio de una normativa genérica como la que se contiene en el inciso tercero del artículo 7° de la Ley N° 20.206, que se ha transcrito;

En seguida, refiriéndose ahora a la segunda parte del art. 63 N° 7, señaló que el decreto era inconstitucional, pues el vencimiento del empréstito excedía la duración del período presidencial sin poseer autorización mediante ley de quórum calificado:

“el referido empréstito no solo no ha sido contratado con la autorización de una ley específica, como exige la primera parte de esa norma fundamental, sino que, además, no se ha dictado una ley de quórum calificado para prestar tal autorización como lo exige ese mismo precepto constitucional” (c. 42).

En segundo lugar, la sentencia estima vulnerado el art. 63 N° 8 de la Constitución. Al respecto expresa que:

“el compromiso para la responsabilidad del Estado que supone el endeudamiento de un ente que, como la Cuenta de Reembolso, ha sido creado para –entre otros objetivos– reembolsar aportes fiscales que no pueden dejar de efectuarse sin producir un impacto financiero fiscal y en la satisfacción de una necesidad básica de la población, es claro sin necesidad de que una norma específica lo detalle. Por ello, en la medida que el Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones autoriza realizar operaciones “que puedan comprometer” en la forma explicada la responsabilidad financiera del Estado, sin contar con la autorización específica de una ley, vulnera el artículo 63, N° 8° de la Constitución, y así se declarará (c. 49)

Respecto del segundo decreto impugnado (DS N° 45, de 2008, de MTT), el Tribunal efectúa la misma reflexión:

V. Asuntos que recobran discusión

Así como en el capítulo anterior analizábamos cómo el Tribunal había despejado ciertos asuntos que generaban debate en su propia jurisprudencia, hay asuntos que se han reabierto. Estos dicen relación con dos aspectos: si puede conocer de ciertos actos y si puede enjuiciar implícitamente la ley.

“al haberse aprobado un préstamo que compromete la responsabilidad financiera del Estado, en la forma que se ha demostrado en los considerandos que preceden, sin una ley que lo autorice, se vulnera el artículo 63, N° 8°, de la Constitución, y así se declarará” (c. 83)

Por último, el Tribunal Constitucional estimó vulnerada la reserva legal establecida en el art. 19 N° 22 de la Constitución. Al respecto señaló que:

“el préstamo que se analiza permite el desembolso de dinero por parte del mismo Estado (es un crédito conferido por una empresa del Estado como el Banco del Estado) para beneficiar a un sector de la vida nacional: el del transporte público de la ciudad de Santiago para que este no incremente un alza desmedida de las tarifas que se cobran a los usuarios y, al mismo tiempo, para que no se produzca un desmedto en el funcionamiento del sistema. En otras palabras, se está otorgando un beneficio al sector del transporte público de la ciudad de Santiago por medio de un decreto supremo y no por ley. (...) De esta forma, en la medida que el aludido decreto supremo otorga un subsidio a un sector de la vida nacional, sin cumplir la reserva legal exigida por la Constitución, vulnera su artículo 19 N° 22, y así se declarará (c. 66).

Y, nuevamente, efectúa la misma reflexión respecto del otro decreto supremo impugnado, afirmando una infracción a la reserva de ley del art. 19 N° 22 de la Constitución:

“el préstamo del BID autorizado por el Decreto Supremo N° 45, de 2008, que se examina, ha sido otorgado con la finalidad de beneficiar a un sector de la vida nacional: el del transporte público de la ciudad de Santiago. Específicamente se persigue evitar un alza desmedida de las tarifas que se cobran a los usuarios y, al mismo tiempo, lograr que no se produzca un desmedro en el funcionamiento del referido sistema. (...) En consecuencia, se está autorizando un beneficio de aquellos a que se refiere el artículo 19, N° 22, de la Constitución al sector del transporte público de la ciudad de Santiago por medio de un decreto supremo y no mediante una ley, como dicho precepto fundamental exige. De esta forma, el Decreto Supremo N° 45, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, vulnera la referida norma constitucional y así se declarará.

⁴³ Es importante avanzar en la clasificación de las reservas de ley. Así, Irarrázabal González (ob.cit. p 91. y siguientes), en su memoria, sostiene, en primer lugar, que el artículo 63 tiene tres tipos de materia reservadas al legislador. En una primera categoría hay numerales que remiten a otros artículos de la Constitución. En una segunda, hay numerales que señalan específicamente que la ley debe abordar determinada materia. Finalmente, hay numerales que se refieren de manera indeterminada a ámbitos generales a materias sujetas al legislador. En segundo lugar, la autora analiza las clasificaciones de la reserva de ley que la doctrina nacional ha elaborado hasta la fecha. Así, se distingue entre reservas absolutas y relativas; reserva de ley con efecto conclusivo y exclusivo; reservas de ley simple y reservas de ley reforzadas; reservas de leyes formales y materiales, reservas de leyes generales y reservas de leyes de bases; reservas legales regulatorias, complementarias, limitativas y negativas. En tercer lugar, la autora propone su propia clasificación de la reserva de ley. Para ello, identifica las materias específicas que se encuentran reservadas al legislador en cada disposición, poniendo especial atención a los términos utilizados por la Constitución y agrupándolas según el ámbito temático en que recaen. Como señala la autora, “en esta memoria se acoge la tesis de Nieto, más arriba señalada, de la existencia de múltiples reservas con características particulares a lo largo de la Constitución, de modo que el estudio de la reserva de ley exige además de una discusión en abstracto acerca de lo que consista la institución, un análisis particularizado de cada una de las reservas establecidas”. En base a ese criterio, la autora distingue tres tipos de reserva en la Constitución. En primer lugar, se encuentran las reservas de ley vinculadas a los derechos fundamentales. En segundo lugar, existen a su juicio las reservas de ley en relación a la organización del Estado. En tercer lugar, se encuentran aquellas reservas que no caben en los apartados anteriores, sea por su particularidad o porque tienen relación con varios de los grupos.

1. Si puede o no conocer de ciertos actos

Con ocasión de ciertos requerimientos interpuestos contra determinados actos administrativos, el Tribunal ha debido definir si estos se encuentran o no dentro de la esfera de su competencia. El 93 N° 16 le encarga conocer de la constitucionalidad de “los decretos supremos”.

En el caso de la sentencia rol 591, de 11.1.2007, 31 diputados impugnaron una resolución exenta N° 584, del Ministerio de Salud, de 1.9.2006, que aprobaba las Normas Nacionales sobre la Regulación de la Fertilidad. Lo primero que tuvo que hacer el Tribunal fue determinar si era competente para conocer un acto de esta naturaleza. La mayoría⁴⁴ consideró que la resolución exenta impugnada era en realidad un reglamento supremo, pues era una norma de carácter general y obligatoria destinada a regular materias con una vigencia nacional. Aplicó lo que denominó la primacía de la realidad por sobre el nominalismo. La calificación jurídica del acto le corresponde realizarlo al órgano constitucional, para lo cual debe ir más allá del mero literalismo. Además, se consideró que el Tribunal no podía permanecer indiferente frente a esta regulación ni podía dejar un conflicto sin resolver, pues ello significaría abdicar gravemente de su responsabilidad.

Por su parte, en el caso de la sentencia rol 1035, de 22.5.2008, doce senadores presentaron un requerimiento en contra de oficios del Ministerio de Transportes y de Hacienda, que autorizaban préstamos del Banco del Estado a la Cuenta del Transantiago. El Tribunal empató 5-5 sobre la admisibilidad del requerimiento. El presidente del Tribunal se inclinó por sostener que el Tribunal carecía de competencia. Para ello, se dieron dos argumentos.

Por una parte, se sostuvo 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, solo tiene por objeto autorizar a la Cuenta para realizar la operación de endeudamiento. En segundo lugar, tampoco estas normas están dotadas de carácter perma-

⁴⁴ Para la minoría, en cambio, el Tribunal no tiene competencia para conocer de resoluciones. Las competencias en la Constitución no constituyen una formalidad de menor entidad, pues son el modo en que se distribuye el poder del Estado. Los órganos del Estado, incluido el Tribunal Constitucional, están obligados por el principio de legalidad. Ni siquiera circunstancias extraordinarias le permiten exceder su competencia. Por otra parte, la primacía de la realidad tiene límites, sostuvo la mayoría. Por una parte, porque no sirve para transformar en otra norma una determinada. Por la otra, porque la distinción entre decreto y resolución se define por el órgano del que emana.

nente, sino que, por el contrario, ellas se agotan o pierden su vigencia por su aplicación en la operación que autorizan realizar”.

Por la otra, ni siquiera la ratificación por decreto de que fueron objeto los oficios, los transformó en decretos.

“Tampoco la dictación del Decreto Supremo N° 19, de 27 de febrero de 2008, expedido por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, “por orden de la Presidenta de la República” y que lleva la firma del Ministro de Hacienda, permite considerar que los oficios que se impugnan constituyeron, en la realidad, decretos supremos cuya constitucionalidad esta Magistratura tenga atribuciones para revisar.

Efectivamente, 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 ratificatorio 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 ratificatorio 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 ratificatorio.

En consecuencia, y no siendo posible sostener que los oficios impugnados sean decretos supremos, esta Magistratura carece de atribución constitucional habilitante para pronunciarse acerca de las infracciones constitucionales en que, según los requirentes, ellos habrían incurrido, y así se declarará.”

2. Si puede enjuiciar implícitamente la ley

Como se sabe, existen dos tesis al momento de definir si el Tribunal puede o no prescindir de la ley que funda el decreto, contrastándolo directamente con la Constitución. La primera, sostiene que el Tribunal debe controlar el decreto y declarar su disconformidad con la Constitución, aunque este se ajuste perfectamente a la ley. El cumplimiento de la ley no puede servir de excusa para violar la Constitución. Esta tesis es coincidente con la que sostiene que el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos. A esta tesis la denominaremos tesis de la “competencia amplia”. La segunda posición, por su parte, sostiene que el Tribu-

nal no puede enjuiciar implícitamente la constitucionalidad de una ley al resolver sobre la inconstitucionalidad de un decreto. El Tribunal solo puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un decreto que se aparte de la ley, pues en este caso se rompe la armonía entre ley y decreto. Esta posición es coincidente con la que sostiene que el reglamento puede intervenir en la regulación de los derechos. A esta tesis la denominaremos tesis de la “competencia restringida”⁴⁵.

El Tribunal Constitucional ha tenido cuatro períodos en su jurisprudencia respecto del problema que se analiza⁴⁶.

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.

La segunda etapa se extiende entre 1997 y el año 2001. El Tribunal Constitucional considera que dicho proceder es ilegítimo; entre otras razones, porque puede declarar tácitamente inconstitucional la ley que funda el decreto.

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 ley⁴⁷.

El primer test es de la habilitación legal, previa y suficiente. La primera vez que el Tribunal utiliza este test, fue en la STC 373 de 22.7.2003. Esta se originó cuando un grupo de parlamentarios formuló un requerimiento contra una modificación de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones que permitía construir en inmuebles que no fueran bienes nacionales de uso público y que hubieran sido declaradas áreas verdes por un plan regulador, hasta un porcentaje determinado.

Se alegó que la Administración no podía regular por vía administrativa y que se afectaba el derecho a propiedad.

El Tribunal rechazó el requerimiento. Sostuvo que no se podía afectar la propiedad, porque la declaración de área verde no la hacía la norma impugnada; además, la norma objetada permitía construir, lo que el precepto original impedía.

⁴⁵ Al respecto, véase Carmona Santander, Carlos; Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento. RDP, V. 61, p. 180 a 193.

⁴⁶ Silva Irrazábal hace una clasificación de las sentencias, de acuerdo a como emplean la ley en el juicio de constitucionalidad del decreto. Distingue, por una parte, aquellas sentencias que llama “casos de aplicación directa o inmediata de la Constitución. En estos casos, la ley ha sido irrelevante para el Tribunal al momento de realizar dicho juicio de constitucionalidad. En esta categoría ubica las STC roles 116, 325, 153, 245, 591. Por la otra, se encuentran los casos de aplicación indirecta o mediata. En ellas, la ley condiciona de algún modo la aplicación de la Constitución. Aquí ubica las sentencias que rechazan los requerimientos por ser el acto atacado conforme a la ley habilitante (STC roles 124, 253, 254, 282, 1035) (ob. cit. p. 259-174).

⁴⁷ El uso de estos tests ha sido advertido por la doctrina. Por ejemplo Dorn Garrido, Carlos; ob. cit. p. 14.

El Tribunal sostuvo, al comenzar su análisis:

“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”.

Al concluir su examen, sostuvo:

“El Tribunal desprende otra conclusión, esto es, que se haya 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. Por tal razón, debe ser rechazado este capítulo de inconstitucionalidad, expuestos en el requerimiento deducido en contra del decreto supremo N° 66”.

La segunda vez que el Tribunal utilizó este test, es en la sentencia rol 388, del 25.11.2003. Esta se originó en un requerimiento contra un decreto de Transportes.

El Tribunal sostuvo lo siguiente al comenzar su razonamiento:

“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 (C. 6°)”.

En la parte conclusiva, expresó:

“Corresponde efectuar el examen comparativo de la legislación reproducida, en relación con los preceptos impugnados del Decreto Supremo N° 56, a fin de establecer si dicha preceptiva reglamentaria se dictó sujeta a los términos de la potestad de ejecución que compete al Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32, N° 8, y 60, de la Constitución, esto es, respetando el principio de reserva legal y subordinada dentro del marco o base legal, establecida con anterioridad por la misma ley que se desea ejecutar (C. 10°)”.

“Como corolario de cuanto se ha venido expresando en los considerandos anteriores, el Tribunal necesariamente llega a la conclusión de que la norma reglamentaria contenida en el numeral 2 del artículo único del Decreto Supremo N° 56, se ha limitado a reglamentar lo que al respecto ha dispuesto expresa y determinadamente la legislación examinada y por lo

tanto, el precepto impugnado cumple el requisito de la habilitación legal previa y suficiente, que la Carta Fundamental requiere en sus artículos 32, N° 8, y 60 para que la potestad reglamentaria subordinada de ejecución pueda ser ejercida respetando el principio de reserva legal (C 19°).

El segundo test que utiliza el Tribunal Constitucional y que implica enjuiciar la ley es el de la determinación y la especificidad.

Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el fallo Rol N° 325 sobre restricción vehicular:

“...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” (C. 40).

El Tribunal concluyó:

“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 también utilizó este criterio fue en la STC rol 388, de 25.11.2003. Allí señaló:

“Es oportuno reiterar que esa 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 afectado se señalen en forma concreta en la norma legal; y el segundo requiere que la misma norma 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) (C. 17°).

Ahora bien, el artículo 1 bis nuevo del Decreto Supremo N° 212, que le fuera agregado por el numeral 2 del artículo único del Decreto Supremo N° 56, en sus incisos primero y segundo, trata lo concerniente al tránsito público de pasajeros concesionado y, en su inciso tercero, establece reglamentaciones específicas para el tránsito no concesionado y para los casos en que las respectivas concesiones hubieren terminado y no fuera posible

poner en marcha los servicios licitados. Como aparece que la impugnación se hace recaer en el contenido regulatorio del mencionado inciso tercero del artículo 1 bis, para los propósitos del presente examen comparativo, es conveniente recordar que en virtud de esa disposición se autoriza en forma excepcional al Ministerio de Transportes para que:

“por razones de interés público y de buen servicio, establezca condiciones de operación, condiciones de utilización de vías específicas para determinados tipos y modalidades de servicios, tarifas, estructuras tarifarias, y demás condiciones que estime pertinente, en caso de que, verificado alguno de los supuestos establecidos en el inciso segundo del artículo tercero de la ley 18.696, no sea posible poner en marcha los nuevos servicios licitados inmediatamente después de que expiren los anteriores”.

Dispone, además, el citado precepto que esa potestad se deberá ejercer por el aludido Ministerio y su aplicación no podrá ser superior a los 18 meses, período que podrá ser renovado por motivos fundados (C. 14°).

Contrariamente a lo que han aseverado los diputados requirentes, la contrapartida legal que echan de menos respecto del precepto reglamentario que impugnan, se encuentra, plenamente establecida, de manera determinada y precisa, en lo que disponen sobre la materia los incisos primero y segundo del artículo 3° de la Ley N° 18.696, disposiciones antes consignadas en el motivo noveno del fallo.

Como se puede apreciar, para ejercer las facultades que confiere dicha norma legal al Ministerio de Transportes, la misma ley se encarga de precisar y determinar que para hacer uso de las restricciones que en ella se autorizan, debe tratarse de casos de congestión de las vías, deterioro del medio ambiente y/o de las condiciones de seguridad de las personas o vehículos producto de su circulación, lo que confirma una vez más que el transporte de pasajeros es una actividad regulada, en razón del interés público que posee (C. 15°).

En la misma sentencia Rol 388, el Tribunal sostuvo que el reglamento puede restringir derechos si la ley que ejecuta lo permite, pero no autónomamente. Específicamente sostuvo:

“Como es dable concluir de lo reflexionado en los fundamentos decimoquinto y decimosexto, en la situación sub-lite las exigencias y principios recogidos en el fundamento anterior, se cumplen en plenitud en la preceptiva impugnada, quedando en evidencia, por cierto, que 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 (C. 18º)”.

“Como corolario de cuanto se ha venido expresando en los considerandos anteriores, el Tribunal necesariamente llega a la conclusión de que la norma reglamentaria contenida en el numeral 2 del artículo único del Decreto Supremo N° 56, se ha limitado a reglamentar lo que al respecto ha dispuesto expresa y determinadamente la legislación examinada y por lo tanto, el precepto impugnado cumple el requisito de la habilitación legal previa y suficiente, que la Carta Fundamental requiere en sus artículos 32, N° 8, y 60 para que la potestad reglamentaria subordinada de ejecución pueda ser ejercida respetando el principio de reserva legal (C. 19º)”.

De esta manera, conforme al criterio sustentado por el Tribunal, es perfectamente posible y lícito que el Poder Ejecutivo colabore con el legislador pormenorizando y particularizando en aspectos instrumentales la norma, en la medida que la regulación legal cumpla con los requisitos de “determinación” y “especificidad”.

La última etapa del Tribunal Constitucional se abrió el año 2007, con la sentencia sobre la píldora del día después (STC 591, de 11.1.2007).

El punto es relevante porque la resolución impugnada se fundaba en el artículo 4º del DFL N° 1, del año 2005, que es el Estatuto Orgánico del Ministerio de Salud.

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 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 (C. 6º)”.

Para la mayoría del Tribunal Constitucional, en cambio, controlar implícitamente la ley no fue un problema. Ni siquiera recurrió a los test 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. Expresamente este voto señaló:

“Más aún, la sentencia que citamos se hizo cargo de la existencia de una norma legal expresa que faculta al Ministerio de Vivienda y Urbanismo

para aprobar los planes reguladores intercomunales por decreto dictado “Por orden del Presidente de la República”, lo cual no consideró un obstáculo para hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional por sobre toda otra norma jurídica. En efecto, expresa en su considerando 22°:

“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” (C. 23°).

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.

En esta misma línea se enmarca el fallo sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Este 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 o no 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 normas inconstitucionales⁴⁸.

⁴⁸ Los considerandos pertinentes del fallo, sostienen: “OCTOGÉSIMO SEXTO.- Que del examen del artículo 50 bis, que el artículo único, N° 64, del proyecto introduce a la Ley N° 17.997 se desprende que en este 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 cual sea la naturaleza del vicio, señalando que si este afecta “a 62 un precepto legal vigente” el requerimiento interpuesto no puede prosperar y debe ser declarado inadmisibile, restringiendo así el alcance de la disposición constitucional; OCTOGÉSIMO SÉPTIMO.- Que al efectuar el control de constitucionalidad que le está confiado sobre una norma que emana del Jefe de Estado, esta Magistratura no se pronuncia sobre el precepto legal que le sirve de sustento, lo que no le corresponde realizar en ejercicio de esta atribución, sino que determina si dicho acto del órgano ejecutivo guarda o no conformidad con el ordenamiento constitucional, lo que tiene el deber de realizar en cumplimiento del mandato contenido en la Ley Suprema, que no admite limitaciones al establecer que ha de examinar su constitucionalidad “cualquiera sea” el carácter

VI. El asunto metodológico

Otro aspecto relevante de subrayar en la jurisprudencia del Tribunal, es un aspecto metodológico: el uso de diferentes test para evaluar cuándo un reglamento puede abordar una determinada regulación sin violar la Constitución.

Ya analizamos los test que el Tribunal ha diseñado para ejercer el control de atribución. Es decir, el examen de constitucionalidad de la ley que convoca al reglamento o es invocado por este para obtener su legitimidad.

Los test que enunciaremos a continuación se refieren al examen del reglamento propiamente tal. Es decir, son test de ejercicio de potestad.

Estos test son cinco: el test de la no innovación, el test de la esencialidad, el test de reforzamiento de la potestad reglamentaria, el test de la razonabilidad técnica y el de la proporcionalidad.

1. Primer test de intensidad: el test de la no innovación

En la sentencia rol STC 373, de 22.7.2003, el Tribunal Constitucional sostuvo que el reglamento podía desarrollar o pormenorizar lo que está en la ley. Lo que le estaba prohibido era innovar:

“Analizados los preceptos legales transcritos o mencionados en los considerandos anteriores, e interpretados todos ellos en armonía con la cualidad no vinculante que tienen los informes y opiniones técnicas del Asesor Urbanista, de acuerdo a lo explicado en el acápite precedente, el Tribunal concluye aseverando que, en relación a las áreas verdes definidas en el Plan Regulador Comunal, el decreto supremo N° 66, impugnado, se limita a cumplir con lo dispuesto en ese ordenamiento legal, concretándolo en su aplicación específica al asunto aludido. Por idéntica razón, cabe agregar que ese acto administrativo no ha establecido ni otorgado nuevas competencias a dicho funcionario asesor, hallándose restringido tal acto a desarrollar o pormenorizar las atribuciones y facultades que se encuentran ya previstas en la legislación examinada”.

del vicio que lo afecte; OCTOGÉSIMO OCTAVO.- Que 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, este 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”.

2. El segundo test de intensidad: el de la esencialidad

De acuerdo a este test el reglamento puede solo pormenorizar y detallar aspectos secundarios o adjetivos de la ley. La médula de la regulación la debe abordar el legislador.

En la Sentencia rol 370, de 9.4.2003, el Tribunal sostuvo:

“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 solo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica.

Las materias comprendidas en el “dominio legal” deben ser desarrolladas por preceptos legales hasta el máximo de determinación posible, esto es, hasta donde lo permita la generalidad que caracteriza a las leyes, debiendo especificar la ley –además– los criterios materiales y técnicos que debe utilizar el administrador en sus decisiones. El papel del reglamento es absolutamente subsidiario, y solo puede ejecutar las disposiciones legales: jamás crear nuevas limitaciones o regulaciones independientes del texto legal. Asimismo, la ley debe contener suficientes referencias normativas, de orden formal y material, para generar certeza sobre la actuación administrativa y permitir su contraste jurisdiccional en forma sencilla”.

3. Tercer test de intensidad: el test de reforzamiento de la potestad reglamentaria

El 26 de junio del año 2001, el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento contra el Reglamento que establecía la restricción vehicular para catalíticos.

En este fallo, el Tribunal estableció tres áreas donde la potestad reglamentaria se refuerza. En primer lugar, si estamos frente a leyes de bases. Al respecto, ha sostenido:

“Es útil consignar que ocurre con frecuencia que sea la misma ley la que convoque la potestad reglamentaria, o que por tratarse de una ley de bases, por su carácter general, sea indispensable el uso de esta potestad de ejecución. En la situación en análisis, los dos cuerpos legales que se invocan como antecedente del acto administrativo impugnado –la Ley de Bases del

Medio Ambiente y Ley del Tránsito— convocan reiteradamente a la potestad reglamentaria, y ambas podrían ser calificadas como leyes de bases, toda vez que serían encasillables dentro del concepto que consigna el N° 20) del artículo 60 de la Constitución. Ahora, específicamente respecto de la primera de las indicadas, la historia fidedigna de su establecimiento y muy en particular el Mensaje del Presidente de la República, refuerza lo antes anotado (C.41°).

En segundo lugar, si estamos frente a materias dinámicas:

“Es útil recordar —continuó el Tribunal Constitucional— que conforme lo señala el inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.300, en las zonas sujetas a planes de prevención o descontaminación, las actividades contaminantes quedan obligadas a reducir sus emisiones, a niveles compatibles con el respectivo plan. De esta suerte, ponderando la indispensable flexibilidad con que debe contar el Administrador para hacer frente a situaciones ambientales constantemente cambiantes, que hay que analizar en una perspectiva esencialmente dinámica, y que miran a la preservación de la salud y, a la postre, a la conservación de la vida humana, debe concluirse que en función de estos muy particulares factores y aplicando criterios hermenéuticos finalistas, las normas de la Ley N° 19.300, miradas en su conjunto, si bien no cumplen a cabalidad con el principio de “reserva legal”, resultan aceptables en este caso por las consideraciones expuestas y las que se expresarán más adelante (C. 43°).

Finalmente, si hay otros derechos que es necesario proteger:

“El tercer criterio del Tribunal Constitucional, es que 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 sub-lite, esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y solo para aplicación de 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 8° 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 podrá 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 po-

blación y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1° de la Constitución (C. 46)”.

4. El cuarto test de intensidad: el test de la razonabilidad técnica

De acuerdo a este test, el reglamento puede abordar situaciones casuísticas o cambiantes respecto de las cuales la generalidad, abstracción y carácter básico de la ley, impiden que sean regulados por esa.

En la STC rol 771, de 19.6.2007, el Tribunal Constitucional señaló:

“No estamos, como puede apreciarse de la sola lectura de la norma legal impugnada, ante una remisión en blanco al reglamento sino frente a una disposición que fija principios y criterios –transitoriedad de la necesidad educativa, origen en un trastorno o discapacidad diagnosticada por un profesional competente y exigencia de ayudas y apoyos extraordinarios para su superación–, elementos que, a juicio de este Tribunal, constituyen una delimitación legal suficiente para el debido ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en una materia que por su carácter técnico y especializado resulta adecuado que sean reguladas por ella”.

5. El quinto test de intensidad: el test de la proporcionalidad

En la sentencia del Tribunal Constitucional rol 373, de 22.07.2003, se recurrió a este criterio:

“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, sostener que el Secretario Regional Ministerial respectivo es el órgano estatal que debe intervenir en los asuntos que le encomienda, con sujeción a la ley, el decreto supremo N° 66. Efectivamente, tratándose de Planes Reguladores Intercomunales o Metropolitanos, los cuales obviamente abarcan a diversos municipios, resulta lógico y razonable, como se ha dicho, concluir que es a la Secretaría Regional Ministerial competente a quien incumbe otorgar la autorización referida en aquel texto reglamentario”.

VII. El nuevo desafío, el procedimiento de la LOCTC

Un último aspecto que queremos abordar es el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal para las cuestiones de constitucionalidad sobre decretos supremos. Este es relativamente sencillo.

La substanciación de estas cuestiones se rige por las normas del artículo 50 bis de la referida ley orgánica y, en lo pertinente, por las disposiciones del Párrafo 4, que regula las cuestiones de constitucionalidad ser Decretos con Fuerza de Ley (artículo 50 inciso 4º). Por su parte, el Párrafo 4 se remite, en lo pertinente, a las normas contenidas en el Párrafo 3, que regula las cuestiones de constitucionalidad sobre proyectos de ley, de reforma constitucional y tratado en tramitación legislativa⁴⁹.

1. Sujetos involucrados

En primer lugar, cabe señalar que el control que ejerce el Tribunal sobre decretos supremos es provocado, donde la legitimidad activa se encuentra limitada, al igual que ocurre en el control ejercido sobre DFL y sobre proyectos de ley, de reforma constitucional y tratado en tramitación legislativa.

Conforme al inciso segundo del artículo 50, los sujetos legitimados activos para activar la cuestión de constitucionalidad varían dependiendo de la naturaleza del vicio invocado. Cuando el vicio invocado sea que se ha excedido la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, podrán presentar requerimiento cualquiera de las Cámaras o una parte de los miembros en ejercicio. Respecto de cualquier otro vicio, solo podrán requerir cualquiera de las Cámaras (artículo 93 inciso 19 CPR y artículo 50 inciso 2º LOCTC). Así, el constituyente restringe la legitimación activa para la impugnación de decretos supremos cuando el vicio invocado sea uno distinto de el haberse excedido la potestad reglamentaria.

Conforme al artículo 38, cuando el requirente sea alguna de las Cámaras, la comunicación deberá ser firmada por el respectivo Presidente y autorizada por el secretario. Si el requerimiento emanare de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de una de las Cámaras, podrá formularse por conducto del secretario de la respectiva Corporación o directamente ante el Tribunal. En uno y otro caso, deberán firmar los parlamentarios ocurrentes y autorizarse su firma por el secretario señalado o por el del Tribunal Constitucional. Siempre deberá acreditarse que los firmantes constituyen a lo menos el número exigido por la Constitución. Además, se señala que deberá designarse a uno de los parlamentarios firmantes como representante de los requirentes en la tramitación.

Presentado el requerimiento, su admisibilidad será conocida en Sala, de conformidad a la norma que residual que señala que corresponderá a las salas del Tribunal pronunciarse sobre las admisibilidades que no sean competencia del pleno

⁴⁹ Sobre esta última materia véase Lübbert Álvarez, Valeria. “Control Constitucional del Procedimiento Legislativo”, Revista Hemiciclo, Cámara de Diputados, 2010 (en prensa).

(artículo 25 D N° 1 LOCTC). El Pleno en cambio, es el encargado de resolver sobre la constitucionalidad, cualquiera sea el vicio invocado (artículo 25 C N° 11 LOCTC).

2. Tramitación

El plazo para interponer el requerimiento es de 30 días contados desde la publicación o notificación del decreto impugnado.

Para efectos de su admisión a trámite y admisibilidad, el Tribunal controlará dos tipos de requisitos: los relacionados con la acción y los relacionados con la pretensión.

En el control de admisión a trámite, el Tribunal verificará requisitos relacionados con la acción, los que exigen que el requerimiento contenga una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo, señalando en forma precisa el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas. Además deberá acompañarse la publicación del decreto impugnado (artículos 50 bis y 39).

Si el requerimiento no contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo, no señalando en forma precisa el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, o no indica las normas que se estiman transgredidas; no será admitido a tramitación y se tendrá por no presentado para todos los efectos legales. No obstante, si tratándose de defectos formales la omisión de antecedentes que deberían acompañarse, el Tribunal concederá a los interesados un plazo de 3 días para subsanar los vicios, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado (artículo 46 A).

La admisibilidad del requerimiento se verá dentro del plazo de 5 días contados desde que sea admitido a tramitación, con la posibilidad de efectuarse alegatos, para lo cual el Tribunal dará traslado a los órganos legitimados (artículo 46 B).

En el control de admisibilidad, el Tribunal controlará los requisitos relacionados con la pretensión de inconstitucionalidad formulada. Por expresa disposición del artículo 50 bis, el Tribunal declarará la inadmisibilidad de requerimiento si este no se ha promovido de forma oportuna (artículo 50 bis N° 2), no ha sido promovido por los sujetos legitimados para ello (artículo 50 bis N° 1 y N° 4) o se funda en vicios de mera legalidad (artículo 50 bis N° 3). El vicio invocado debe ser la contradicción del decreto con la constitución (artículo 50 inciso 1°).

Declarada la admisibilidad, el Tribunal dará traslado a los sujetos interesados, cuales son el Presidente de la República y el contralor general de la República, para que estos formulen las observaciones presenten los antecedentes que estimen pertinentes, dentro del plazo de 10 días (artículos 46 C y 50 inciso 2°).

Los alegatos en materia de impugnación de decretos son de aquellos asuntos que quedaron entregados a la decisión del Tribunal. No hay alegatos obligatorios en esta materia (32 B, 25 C, LOCTC).

El Tribunal deberá resolver la cuestión de constitucionalidad dentro de 30 días desde que quede terminada la tramitación, pudiendo prorrogar dicho plazo hasta por 15 días, mediante resolución fundada, siempre que existan motivos graves y calificados. Al respecto, si bien la ley no define desde qué momento debe entenderse que la tramitación queda terminada, debe entenderse que ello se cumple una vez que se encuentra vencido el plazo de 10 días que tienen los interesados para evacuar sus observaciones, con independencia de si estos han o no evacuado las mismas⁵⁰.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 50 bis, con el solo mérito de la sentencia que acoja el requerimiento, el decreto quedará sin efecto de pleno derecho. Dicha sentencia deberá publicarse íntegramente en su página web, o en otro medio electrónico análogo, sin perjuicio de las publicaciones in extenso en el Diario Oficial.

VIII. Conclusiones

El uso de la facultad para requerir al Tribunal Constitucional para que declare la inconstitucionalidad de un decreto, ha sido intensa desde la reinauguración de la democracia. Ocupa un porcentaje superior al 30% de todos los requerimientos formulados por parlamentarios.

Con ocasión de estos requerimientos el Tribunal ha emitido una rica jurisprudencia sobre la relación ley-reglamento.

Es valorable que el Tribunal haya cerrado discusiones en esa jurisprudencia, como el dominio máximo legal y la legitimidad del reglamento para regular derechos.

Es complicado para el Tribunal que cada cierto tiempo se someta a su conocimiento asuntos que implican definir su propia competencia, como sucedió con los oficios del Transantiago o con la resolución de la píldora del día después.

El Tribunal tiene dos grandes desafíos en lo inmediato. En primer lugar, tiene un desafío metodológico, pues debe seguir profundizando sus criterios de análisis (tests). Eso le da rigurosidad analítica, predictibilidad y supera en cierto sentido

⁵⁰ Este plazo difiere sustancialmente del previsto para dictar sentencia respecto de cuestiones de constitucionalidad sobre DFL o sobre la tramitación de proyectos de ley, de reforma constitucional o de tratados. En tales casos, el plazo para dictar sentencia se cuenta desde la declaración de admisibilidad, siendo de 30 días en el primer caso y de 10 días en el segundo.

el casuismo propio de todo cuestionamiento concreto. En este sentido, debe separar claramente los criterios propios de la inaplicabilidad –control de ley– de aquellos propios del examen de la norma reglamentaria.

El segundo desafío es la aplicación de los trámites previos de la admisión a trámite y de la admisibilidad, de la transparencia, la claridad en los plazos y la debida defensa que le plantea el procedimiento de tramitación de requerimientos contra decreto.