

# Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento

## I. Introducción

En la relación ley-reglamento, entre 1990 y lo que va corrido de 1999, el Tribunal Constitucional se debate entre dos posiciones claramente diferenciadas. Una posición sostiene que el reglamento no tiene cabida en la regulación de los derechos, ni aun para ejecutar la ley. Cuando la Constitución entrega al legislador abordar una materia, excluye por ese solo hecho la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Es la posición que podemos denominar “reserva absoluta” de ley.

La otra posición 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 sólo debe limitarse a establecer las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Es la posición que podemos denominar “reserva relativa” de ley.

La primera posición predomina entre 1990 y 1996. Se inicia con el fallo de “letreros camineros” y termina con el de “playas”. La segunda posición se inicia en 1997. Son ejemplos de esta nueva tendencia, las sentencias en el “D.S. del Minvu” y el fallo sobre “Presupuesto”<sup>1</sup>.

Durante estos mismos períodos, paralelamente, el Tribunal sostiene dos tesis sobre su competencia directamente asociadas a dichas proposiciones sobre la relación entre la ley y el reglamento.

\*Profesor de  
Derecho  
Administrativo,  
Facultad de  
Derecho,  
Universidad  
de Chile.

1 No obstante la separación entre estos dos períodos, entre 1990 y 1996 hay fallos que recogen lo que será la posición del Tribunal Constitucional a partir de 1997. En esta línea se ubica el voto de minoría del ministro García en el fallo sobre “peajes del MOP” (17.05.94) y el fallo de mayoría en la moción que trasladaba el Congreso a Santiago (12.08.96). Pero ambas sentencias son aisladas, porque están entremedio de fallos del Tribunal Constitucional que sostienen la tesis contraria.

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

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

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

El presente documento describe ambos ejes de discusión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es decir la relación ley-reglamento y la competencia de dicho Tribunal para conocer de decretos impugnados por vicios de constitucionalidad.

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

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

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

### **I. Argumentos para la reserva absoluta**

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

### a. La regulación es propia del legislador<sup>2</sup>

Regular, conforme al DRA, debe entenderse como ajustado y conforme a reglas. Regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse.

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

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

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

2 Este argumento lo expuso el Tribunal en los fallos sobre Letreros Camineros I (21.04.92) y Letreros Camineros II (06.04.93), ambos redactados por la ministra Luz Bulnes.

El problema era el siguiente:

El artículo 16 del DFL N° 206, de 1960 (artículo 39, del DS N° 294, de 1984), prohibió la colocación de carteles, avisos de propaganda o cualquier otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país. La colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos, debe ser autorizada por el Director de Vialidad, en conformidad al Reglamento.

El primer reglamento que se dictó conforme al artículo 16 del D.F.L. 206/60, fue el Decreto Supremo N° 1.206/63, del Ministerio de Obras Públicas, que en la parte sustantiva regula lo siguiente:

- En primer lugar, los requisitos y documentos que se deben cumplir y acompañar para solicitar la correspondiente autorización a la Dirección de Vialidad.
- En segundo lugar, la forma y condiciones de instalación de los letreros. Entre éstas cabe señalar que los permisos son sólo de carácter provisorio; que no pueden sobrepasar la línea del cierre; que no pueden ser en serie; y se establece una distancia mínima entre ellos de 150 mts.; y entre ellos y los puntos peligrosos, de 200 mts.
- Finalmente, es preciso consignar la facultad de la Dirección de Vialidad para negar la autorización de los letreros que se consideren perjudiciales para la estética panorámica de los caminos.

Catorce años más tarde, en 1977, se consideró prudente la adecuación de la normativa vigente. Este año se dictó un nuevo reglamento del artículo 16 del D.F.L. 206/60: el Decreto Supremo N° 1.319/77, del Ministerio de Obras Públicas.

El fundamento de esta necesidad de cambio estuvo dada, en primer lugar, por el mayor desarrollo económico del país, lo que implicó, necesariamente, una mayor densidad en el tránsito vial, al aumentar el parque automotriz. Por otro lado, las nuevas tecnologías incorporadas a los automóviles y el perfeccionamiento de las vías de circulación, conllevaron un aumento real de la velocidad media desarrollada por los vehículos. Si a los factores indicados se suman los accidentes carreteros, es entendible el interés del Estado por la seguridad vial y por la adecuación de la normativa en materia de avisos camineros a la realidad de la época.

Este nuevo cuerpo reglamentario modificó básicamente las distancias mínimas entre letreros, que se aumentó a 300 mts., y entre éstos y los puntos peligrosos, se aumentó igualmente a 300 mts.

Ahora bien, el 19 de febrero de 1992, apareció publicado en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 357/91, del Ministerio de Obras Públicas.

Este decreto establecía, básicamente, lo siguiente:

- Prohibía la colocación de carteles, avisos de propaganda, o cualquier otra forma de anuncios comerciales en los caminos públicos del país.
- Establecía que la colocación de avisos en las fajas adyacentes (300 metros en toda la extensión del camino, medidos desde el cerco) sólo podía tener por objeto dar información a los usuarios de los servicios que se ofrecieren en la carretera respectiva, sin publicidad anexa. Dichos avisos debían ser autorizados por la Dirección de Vialidad.

Contra este decreto supremo, 30 diputados recurrieron ante el Tribunal Constitucional, quien acogió el requerimiento mediante sentencia rol N° 146, de 21 de abril de 1992.

A su vez, mediante el decreto supremo N° 327, publicado en el Diario Oficial el 30 de octubre del año 1992, el Ejecutivo volvió a insistir sobre el tema.

Las diferencias más notorias entre ambos decretos, son las siguientes:

- Mientras el Decreto Supremo N° 357/91, no permitía el avisaje caminero de carácter comercial en las fajas adyacentes a los caminos, el Decreto Supremo N° 327/92, al ser solamente una modificación del N° 1.319/77, permite el avisaje caminero en la faja adyacente.
- Por otro lado, cabe señalar que el contenido del D.S. MOP N° 327/92 apuntaba a dos fines. Por una parte, al establecimiento de las condiciones requeridas para solicitar la autorización de la Dirección de Vialidad (Arts. 1° y 2° del DS. N° 327/92). Y, por la otra, a la modificación de las distancias mínimas (Arts. 3° y 4° del DS. N° 327/92). Estas últimas se aumentaban de 300 a 1.000 metros en las zonas peligrosas (pasos a nivel, cruces de vía férreas, puentes, túneles, etc.) y de 300 a 500 metros, en los otros puntos.

Contra este decreto, también un grupo de diputados recurrió ante el Tribunal Constitucional, quien acogió el requerimiento por sentencia rol N° 167, de 6 de abril de 1993.

Los argumentos de los requirentes en ambas cuestiones de constitucionalidad, no varían mucho.

En "Letreros camineros I", se alega que el decreto vulnera el derecho a realizar una actividad económica lícita, al regularse por decreto supremo un asunto que debe hacer el legislador. También se sostiene que se limita el derecho de propiedad de los titulares de bienes inmuebles adyacentes a los caminos públicos, a los que se les impide disponer de ellos para el arrendamiento de avisos publicitarios; ello es una materia sujeta a la potestad del legislador.

En "Letreros camineros II", se alega que se está regulando una actividad económica a través de un decreto supremo, en circunstancias que le corresponde hacerlo al legislador. También que se está afectando gravemente el derecho de dominio de las empresas de avisaje publicitario caminero y de los propietarios de los predios colindantes con los caminos públicos, que arriendan sus terrenos para la instalación de sus letreros. También se afecta el derecho en su esencia, pues se imponen condiciones, tributos o requisitos que impiden el libre ejercicio de la iniciativa económica y el derecho de dominio.

## b. Las limitaciones las impone la ley<sup>3</sup>

Limitar importa acortar, cerrar, restringir. Las limitaciones suponen el establecimiento de determinados cargos al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales. La privación, en cambio, supone seguir su sentido natural y obvio, es decir despojar a uno de una cosa que poseía; consiste en apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía. Además, el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.

Las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad. Las limitaciones no pueden afectar la esencia del derecho.

Las limitaciones constituyen la expresión jurídica de los deberes anexos al dominio que la doctrina señala como consecuencia de su carácter social.

3 Este argumento lo expresó el Tribunal en el fallo sobre el decreto que regulaba el acceso a las playas (02.12.96), redactado por la ministra Luz Bulnes.

El problema era el siguiente:

El artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 dispone:

"Artículo 13.- Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o reñedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquéllos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados".

De este modo, para que pueda ser aplicable el artículo 13 del DL 1939, es necesario que se den algunos requisitos:

- En primer lugar, debe existir propiedad privada o fiscal en los terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos.

Si hay propiedad fiscal, hay terreno de playa. De ahí que quepa distinguir entre la playa y el terreno de playa. Playa de mar, señala el artículo 594 del Código Civil, es la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas. Es distinta del terreno de playa. Este es definido por el D.S. 660, de 1988, del Ministerio de Defensa, como aquella faja de terreno de propiedad del Fisco de hasta 80 metros de ancho, medido desde la línea de la playa de la costa del litoral y desde la ribera en los ríos o lagos. No pierden su condición de terreno de playa el sector que queda separado por la construcción de caminos, calles, plazas, etc. También se consideran terrenos de playa la playa y el fondo de mar, río o lago, que haya sido rellenado artificialmente por obras de contención que permitan asegurar su resistencia a la acción del tiempo y de las aguas.

- En segundo lugar, esta norma exige que el acceso gratuito sea para fines turísticos o de pesca.
- En tercer lugar, se exige que no existan otras vías o caminos públicos. Por lo tanto, el gravamen sólo procede en los casos en que sea absolutamente necesario.

Como contrapartida, sólo por los accesos que se determinen, podrá ingresar el público a las riberas o a las playas.

Cabe destacar que el acceso es una obligación que, en tanto afecta a los terrenos colindantes, recae tanto sobre los propietarios como sobre arrendatarios o tenedores de éstos, tal como lo indica el inciso segundo del artículo 13 del DL N° 1.939.

- Finalmente, el último requisito que establece el artículo 13, es que las vías se determinen conforme al procedimiento que establece. Éste consiste en una convocatoria a los propietarios, arrendatarios o tenedores de terrenos para que hagan valer sus derechos y logren acuerdo. Este llamado lo realiza el Intendente a través del Ministerio de Bienes Nacionales. Si no concurren o no hay acuerdo, las determina el Intendente prudencialmente, evitando causar daños innecesarios. De la resolución del Intendente se puede reclamar.

Ahora bien, el 5 de septiembre de 1996, 12 senadores y 34 diputados, impugnaron el decreto supremo N° 1, de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales.

Los requirentes sostuvieron lo siguiente:

- El Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, se dictó sobre la base de una norma que se encuentra tácitamente derogada por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de 1980.
- Enseguida, sostuvieron que el decreto regulaba una materia que, por expresa disposición constitucional, debía ser objeto de una ley, al disponer una limitación al derecho de propiedad de los dueños de los terrenos colindantes a playas de mar, ríos o lagos, materia que corresponde exclusivamente al dominio legal.
- Además, sostuvieron que las limitaciones y obligaciones que dicho decreto establecía, no se fundaban en la función social del dominio, pues se establecían por una causal no prevista por el constituyente.
- También los requirentes sostuvieron que se violentaba la igualdad ante la ley, pues se establecía una diferencia arbitraria entre los propietarios de los terrenos colindantes de playas de mar, ríos o lagos y quienes no lo son.
- Finalmente, sostuvieron que el Decreto Supremo N° 1 excedía la norma legal que la había servido de fundamento, especialmente en materia de recursos.

El mismo argumento lo contiene el fallo del Tribunal Constitucional mediante el cual ejerció el control de constitucionalidad de la ley de medio ambiente (28.02.94), redactado por el abogado integrante Eduardo Soto Kloss.

En aquella oportunidad el Tribunal declaró inconstitucional el artículo 49 del proyecto aprobado por el Parlamento. Entre otros aspectos, dicha norma establecía que excepcionalmente, cuando resulte indispensable para recuperar los niveles de normalidad de los índices de calidad ambiental exclusivamente por el período necesario para ello, la autoridad podía establecer regulaciones especiales, como la restricción total o parcial al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales de emisiones, a empresas que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental. Dichas medidas debían establecerse por decreto supremo.

### c. Las leyes de bases no son la regla general<sup>4</sup>

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

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

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

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

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

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

El problema era el siguiente:

Mediante el Decreto Supremo N° 1412, de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 06 de noviembre de 1998, se aprobó el Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22.

Dichas normas se firmaron bajo el marco de la ALADI o Tratado de Montevideo. La ALADI privilegia la existencia de acuerdos parciales y subregionales en su seno, actuando el Tratado de Montevideo como un tratado marco. Una de las modalidades de estos acuerdos son los acuerdos de alcance parcial.

Cabe señalar que los Acuerdos de Alcance Parcial se fundamentan en los principios de no reciprocidad y de cooperación comunitaria. Deben contener mecanismos de apertura de mercados, preservación de preferencias, eliminación de restricciones no arancelarias y cláusula de salvaguardia. Pueden, sin perjuicio de los requisitos propios de todo Acuerdo de Alcance Parcial, contener mecanismos para compensar la situación desventajosa provocada por la mediterraneidad. Los otros países deben otorgar facilidades para el establecimiento de zonas, depósitos, puertos francos y otras facilidades administrativas de tránsito internacional.

El Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia contiene preferencias arancelarias. Éstas son otorgadas por Chile a Bolivia, sin reciprocidad, para productos originarios de Bolivia (Art. 2° letra a) y 5°). Además, contiene una liberalización de gravámenes (Derechos aduaneros y otros recargos equivalentes (Art. 2° letra g) y Art. 3°)). Las preferencias son profundizables de común acuerdo (Art. 2° letra d), y no pueden ser obracluzadas (Art. 4°). Finalmente, se prohíben las restricciones no arancelarias (Art. 4° párrafo 2°).

Por otra parte, Chile, a través del Poder Ejecutivo, en cumplimiento del artículo 32 N° 17 de la Constitución de 1980, con fecha 12 de mayo de 1980, suscribió el Tratado de Montevideo, constitutivo de la ALADI y lo ratificó con fecha 24 de agosto de 1981.

Ahora bien, contra el citado decreto supremo 1.412, un grupo de parlamentarios presentó un requerimiento ante el Tribunal Constitucional. Sostuvieron que era inconstitucional no haber obtenido la formalidad habilitante del Congreso Nacional, pues se estaba frente a un tratado que comprendía normativas entregadas a la reforma legal tributaria. Además, sostuvieron que el decreto, al otorgar preferencias, eliminar estacionalidades y aumentar cupos de las mercancías que en él se detallan, afectaba el derecho de desarrollar una actividad económica. El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento.

#### **d. El reglamento no puede invadir la reserva legal<sup>5</sup>**

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

La “reserva legal” excluye la posibilidad que por decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria, autónoma, y menos todavía de ejecución, del Presidente de la República, se aborde una regulación.

## **2. Argumentos para la reserva relativa**

Descrito los argumentos para la tesis de la reserva absoluta, corresponde verificar los argumentos que estructuran la tesis de la “reserva relativa” de ley. Pueden agruparse de la siguiente manera:

### **a. Dominio máximo legal<sup>6</sup>**

La Constitución de 1980 cambió el sistema de dominio legal mínimo establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, por el sistema de

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

El problema era el siguiente:

El proyecto establecía una planta de personal especial de cargos críticos. Se conformaba con cargos de las plantas permanentes que se traspasaban a ella y que, a su turno, eran repuestos en aquellas una vez que la respectiva función perdiera el carácter de crítica. La ley se circunscribía a establecer dos limitaciones: a) que la aplicación de las normas de la ley no importaba “la creación, supresión o alteración de la distribución por grados del total de los cargos existentes en las actuales plantas...” (artículo 2º, inciso quinto), y b) que la cantidad máxima de funcionarios con derecho a percibir la asignación que se otorgaba a los cargos de carácter crítico no sería superior a ochocientos cincuenta personas ni significaría incremento de las dotaciones máximas de personas, respectivamente (artículos 7º y 8º).

Las modificaciones que debían efectuarse en las plantas permanentes para conformar la planta especial de cargos críticos, se debía realizar mediante decretos supremos expedidos bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”.

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

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

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

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

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

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

## **b. Hay distintas reservas legales en la Constitución<sup>7</sup>**

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

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

El problema era el siguiente:

El Decreto Supremo N° 1.679, del 31 de diciembre de 1996, publicado en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1997, fue dictado con arreglo a lo dispuesto en el D.L. N° 1.263, Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado y la Ley N° 19.486, que aprobó el presupuesto del sector público para el año 1997.

Dicho decreto establecía las normas a las que los trasposos, incrementos o reducciones y demás modificaciones presupuestarias que señalaba, debían sujetarse en el caso de que lleguen a efectuarse. Además, junto con disponer la forma de efectuar cada una de las adecuaciones presupuestarias que contempla como posibles, señalaba las autoridades a las que correspondía ordenar cada una de ellas.

El 10 de marzo de 1997, 12 senadores presentaron un requerimiento contra el D.S. 1.679, de Hacienda, publicado el 8 de febrero de 1997.

Alegaron que sus disposiciones incurrierán en los siguientes vicios de orden constitucional:

- Respecto de aquellas disposiciones del decreto que facultan al Ministro de Hacienda para que, por sí o conjuntamente con otros ministros de Estado, dispusiera de gastos no autorizados por la Ley de Presupuestos, señalaron que contravenían los artículos 32 N° 22, 64, 88 y 89 de la Constitución, en cuya virtud los gastos públicos deben ser aprobados por ley.
- Señalaron, además, que el decreto contravenía el inciso 2° del artículo 35 de la Constitución, que establece que los decretos e instrucciones pueden expedirse con la sola firma del ministro respectivo, "Por orden del Presidente de la República", pero siempre de acuerdo con las normas que establezca la ley. Adujeron que sería inconstitucional que la autorización fuera otorgada por decreto.
- Afirmaron que también se contravenía el artículo 61, que dispone la posibilidad que el Congreso Nacional otorgue autorización al Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley, por un plazo no superior a un año. Argumentaron que de acuerdo al artículo 62 inciso 3° de la Carta Fundamental, las modificaciones de la Ley de Presupuestos así como las autorizaciones para efectuar gastos, deben disponerse por Ley y, por lo tanto, serían materias que requerirían delegación. Los recurrentes estimaron que la infracción del precepto indicado se configuraba porque el decreto confería facultades a Ministros, Subsecretarios y al Director de Presupuestos para disponer adecuaciones presupuestarias no autorizadas por ley y que no habrían sido materia de aquella delegación.

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

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

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

### c. La naturaleza del reglamento<sup>8</sup>

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

<sup>8</sup> Este argumento lo sostuvo el Tribunal en la sentencia que rechazó un requerimiento contra el decreto N° 171, de Vivienda, de 1997, redactada por el ministro Valenzuela.

El Decreto Supremo N° 171, de fecha 5 de diciembre de 1996, modificó los artículos 2.2.5, 7.2.2 y 7.2.4 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por D.S. N° 47, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1992, y agregó a la misma un artículo 2.2.9, nuevo.

Dichas normas reglamentarias se sustentan, fundamentalmente, en los artículos 51 letra c); 69; 70; 116; 134; 135 y otros del D.F.L. N° 458, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, y se dictaron en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 70.

El artículo 70 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) consta de dos incisos. Dispone lo siguiente:

"Artículo 70°.- En toda urbanización de terrenos, se destinarán gratuitamente a circulación, áreas verdes y equipamiento, las superficies que señale la Ordenanza General. En estas superficies quedarán incluidas las correspondientes áreas verdes de uso público, ensanches y apertura de calles, que se contemplaren en el plan regulador. La municipalidad podrá permutar o enajenar los terrenos recibidos para equipamiento, con el objeto de instalar las obras correspondientes en una ubicación y espacio más adecuados.

La exigencia establecida en el inciso anterior será aplicada proporcionalmente en relación a las densidades que establezca el Plan Regulador, bajo las condiciones que determine la Ordenanza General de esta Ley".

Con fecha 16 de febrero de 1997, 12 senadores recurrieron ante el Tribunal Constitucional alegando la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 171, del Minvu, publicado en el Diario Oficial el 17 de enero de 1997.

Alegaron lo siguiente:

- El decreto supremo invade materias propias de ley, porque tiene por objeto aumentar la superficie que el propietario debería ceder gratuitamente a la Municipalidad como requisito previo a la urbanización o densificación del terreno, privándolo en consecuencia de parte de su derecho de dominio. Ello vulnera la

Constitución, en primer lugar, porque la cesión de terrenos de que se trata constituye una expropiación que no cumple con ninguna de las exigencias constitucionales fundamentales: que exista una ley general o especial que la ordene y que haya una correspondiente indemnización. En segundo lugar, porque desde un punto de vista constitucional, si se pretende enmarcar esta obligación dentro de aquellas que el constituyente ha autorizado imponer al propietario en razón de la función social de la propiedad, debería ser establecida por una norma de rango legal y no por un simple decreto.

El texto del Decreto Supremo N° 171 señala expresamente que el Presidente de la República dicta este decreto en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 32 N° 8 de la Constitución Política, por lo que no se trata de una disposición que haya sido dictada en ejercicio de facultades delegadas para la dictación de un decreto con fuerza de ley, sino de la sola potestad reglamentaria.

Tampoco podría existir una delegación en estas materias, porque el artículo 61 de la Constitución Política dispone expresamente que la autorización para dictar decretos con fuerza de ley no puede extenderse "a materias comprendidas en las garantías constitucionales" y debe considerarse que la obligación que se pretende imponer al propietario cae precisamente en materias que se encuentran reguladas en el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

Por último, señalaron que se infringía la norma del artículo 63, inciso segundo, de la Constitución Política de la República al modificar, vía decreto, las normas de las leyes orgánicas constitucionales de municipalidades y de gobiernos regionales.

Según los requirentes, las normas modificatorias de la Ordenanza que contiene el Decreto 171, son inconstitucionales porque modifican las disposiciones y, por ende, las facultades que confieren a los municipios, a la comunidad y a los Gobiernos Regionales el propio DFL 458, de 1975 y, especialmente, la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.965 y la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional N° 19.175, que establecen claramente el procedimiento al que está sujeta la aprobación de los planos reguladores comunales, intercomunales y regionales.

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

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

### III. Competencia del Tribunal Constitucional

Consignados los diversos argumentos de las sentencias en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la relación entre la ley y el reglamento, corresponde a continuación describir cómo ese mismo conflicto se proyecta a la competencia del Tribunal.

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

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

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

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

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

### **1. Argumentos para la competencia amplia del Tribunal Constitucional<sup>9</sup>**

Los argumentos que sustentan la “tesis de la competencia”, pueden agruparse de la siguiente manera:

#### **a. Rol del Tribunal Constitucional**

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

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

En esta última sesión, y refiriéndose a esta materia el señor Lorca dice: “la inclusión del nuevo inciso, a continuación del N° 5, ya que de acuerdo a su contenido, todo el régimen de la supremacía constitucional queda radicado en el Tribunal Constitucional”.

Aceptar que el Tribunal Constitucional sólo podría ejercer la atribución del artículo 82, N° 5, cuando el decreto se desvincula de la ley, implica una afirmación que deja sin efecto una clara atribución de este Tribunal, que la puede ejercer sin que ello signifique pronunciarse sobre los actos del órgano legislativo.

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

Aceptar que el Tribunal Constitucional sólo podría ejercer la atribución del artículo 82, N° 5, cuando el decreto se desvincula de la ley, implica una afirmación que deja sin efecto una clara atribución del Tribunal, que la puede ejercer sin que ello signifique pronunciarse sobre los actos del órgano legislativo.

<sup>9</sup> Todos los argumentos fueron vertidos por la ministra Luz Bulnes, en sus votos de minoría de las sentencias que resolvieron los requerimientos contra el D.S. N° 171, de Vivienda, de 1997, y contra el Décimo Protocolo con Bolivia.

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

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

### **c. Cumplir con la ley no puede justificar violar la Constitución**

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

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

### **d. Por sobre la jerarquía, supremacía constitucional**

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

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

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

## **2. Argumentos para la competencia restringida<sup>10</sup>**

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

<sup>10</sup> Los argumentos fueron expuestos en la sentencia que resolvió el requerimiento contra el D.S. N° 171, de Minvu, de 1997, que redactó el ministro Valenzuela, y contra el Décimo Protocolo con Bolivia, que redactó el ministro Álvarez.

**a. No caben juicios implícitos de la ley**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **c. La supremacía constitucional supone la jerarquía normativa**

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