

Carlos Carmona Santander*

Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento

I. Planteamiento.

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

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

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

Sin embargo, la nueva disputa no está en este aspecto; se da una vez reconocida la legitimidad de la potestad reglamentaria para regular derechos. Consiste en determinar cuál es el margen o el ámbito de su intervención. La discusión no es si puede o no regular, sino cuánta regulación le es posible sin exceder o contravenir la ley que ejecuta. Nuestra doctrina y jurisprudencia tiene mucho avanzado.

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

La otra posición sostiene que el reglamento lleva lo general y abstracto de la ley a lo particular y concreto. Por lo mismo, no solo debe limitarse a ejecutar, es decir, pormenorizar o detallar sin alterar la sustancia de la ley, sino también contener todo lo necesario para el cumplimiento y aplicación de la normativa legal. En tal sentido, el

* Profesor de Derecho Administrativo, Facultades de Derecho Universidad de Chile y Diego Portales, y del Magister en Derecho Constitucional de la U. Católica de Chile

reglamento tiene un rol no solo de pormenorización sino también de desarrollo y complementación de la ley.

A continuación, en primer lugar, se resume el problema de la legitimidad del reglamento. En segundo lugar, se describen los fallos que reflejan la nueva disputa. En tercer lugar, se pasa revista a lo que la doctrina nacional ha dicho sobre el margen del reglamento. En cuarto lugar, se sintetiza la jurisprudencia previa en esta materia. Finalmente, se anotarán algunos criterios de solución para analizar el rol de ejecutor de ley que tiene un reglamento.

II. Primer problema: la disputa por la legitimidad².

1. Introducción.

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

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

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

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

Tal como se indicó, el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios han tenido dos posiciones respecto de la manera en que se armoniza la relación entre la ley y el reglamento. Una denominada la tesis de la «reserva absoluta» de ley; la otra, denominada tesis de la «reserva relativa». La primera señala que nuestra Constitución exige a

² Sobre el conflicto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ver Carmona S., Carlos «Tendencias del Tribunal Constitucional en la relación ley-reglamento», Rev. de Derecho Público Nº 61, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 180 a 194.

la ley una regulación más exhaustiva, de modo que el espacio no lo llene el reglamento. La otra, en cambio, señala que en nuestra Constitución la ley solo debe abordar las materias que la Constitución expresamente le encargó abordar. Y dentro de esas, solo debe regular las bases esenciales del ordenamiento jurídico; lo demás, queda entregado al reglamento.

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

a) Argumentos para la reserva absoluta.

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

i. La regulación es propia del legislador³.

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

Jamás podría interpretarse que regular es impedir el libre ejercicio del derecho. En caso alguno, bajo pretexto de regular un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el 19 N° 21. Al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho. El legislador, haciendo uso de su facultad de “regular”, puede establecer limitaciones y restricciones al derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Esta facultad no le corresponde al administrador, pues estas atribuciones están entregadas expresamente al legislador, al disponer el constituyente que el derecho a desarrollar una actividad económica se asegura “respetando las normas legales que las regulan”. En otras palabras, el constituyente entrega al legislador y no al administrador, la facultad de disponer cómo deben realizarse las actividades económicas y a qué reglas deben someterse.

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

ii. Las limitaciones las impone la ley⁴.

A propósito de las limitaciones al dominio, sostuvo que limitar importa acortar, cerrar, restringir. Las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas car-

³ Este argumento lo expresa el voto de mayoría del Tribunal Constitucional en los fallos conocidos como Letreros Camineros I (21.04.92) y Letreros Camineros II (06.04.93), ambos redactados por la Ministro Luz Bulnes.

⁴ Este argumento lo expresó el Tribunal Constitucional en el fallo de mayoría sobre el decreto que regulaba el acceso a las playas (02.12.96), redactado por la Ministro Luz Bulnes.

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

iii. Las leyes de bases no son la regla general⁵.

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

iv. El reglamento no puede invadir la reserva legal⁶.

Los artículos 6° y 7° de la misma Carta consagran el principio básico de jerarquía normativa subyacente en nuestro ordenamiento constitucional. Este, por una parte, no autoriza a modificar normas de carácter legal por medio de decretos supre-

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

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

mos. La Constitución es la que establece las materias que son propias de ley, de manera tal que la ley que pretenda alterar esa competencia y disponer que por un decreto puede modificarse lo establecido en una norma legal, es abiertamente inconstitucional.

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

b) Argumentos para la reserva relativa.

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

i. Dominio máximo legal⁷.

La Constitución de 1980 cambió el sistema de dominio legal mínimo establecido por el artículo 44 de la Constitución de 1925, por el sistema de dominio legal máximo, al precisar que solo 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 solo en virtud de una ley podían ser reguladas, haciendo procedente la regulación legal en cualquiera otra materia que la Constitución no hubiera reservado expresamente a otra autoridad.

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

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

⁷ 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. N° 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.

Ese principio restrictivo trae como consecuencia que la ley solo procederá en los casos que taxativamente se señalan en el artículo 60 de la Constitución Política, debiendo entenderse, además, que la ley solo 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 solo debe señalar las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de una potestad.

ii. Hay distintas reservas legales en la Constitución⁸.

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

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

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

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

iii. La naturaleza del reglamento⁹.

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

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

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

III. La nueva disputa en la jurisprudencia: el margen del reglamento de ejecución.

Tres recientes fallos dictados en recursos de protección, han entrado a analizar el problema de la relación ley-reglamento ya no desde una óptica de legitimidad. Se da por sentado que nuestra Constitución permite la regulación de derechos por norma administrativa. El problema ha sido analizado desde el quantum de esa intervención, es

⁸ 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.

⁹ 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.

decir, cuánto es lo permitido o posible que el reglamento aborde para no dejar de ser una normativa de ejecución.

Veamos esto en tres casos.

1. Primer caso: Norgener.

a) Antecedentes.

La empresa de generación eléctrica Norgener S.A., presentó en octubre de 1998, un recurso de protección contra dos artículos del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Las normas cuestionadas establecen lo siguiente:

i. Artículo 222, inciso segundo:

«La calidad de servicio incluye, entre otros, los siguientes parámetros:

- a. Las normas y condiciones que establezcan los decretos de concesión;
- b. La seguridad de las instalaciones y de su operación, y el mantenimiento de las mismas;
- c. La satisfacción oportuna de las solicitudes de servicio, en los términos y condiciones establecidos en este reglamento;
- d. La correcta medición y facturación de los servicios prestados, y el oportuno envío a los usuarios y clientes;
- e. El cumplimiento de los plazos de reposición de suministro;
- f. La oportuna atención y corrección de situaciones de emergencia, interrupciones de suministro, accidentes y otros imprevistos;
- g. La utilización de adecuados sistemas de atención e información a los usuarios y clientes;
- h. La continuidad del servicio;
- i. Los estándares de calidad del suministro».

ii. Artículo 224, inciso segundo:

«La responsabilidad por el cumplimiento de la calidad de suministro será también exigible a cada propietario de instalaciones que sean utilizadas para la generación, el transporte o la distribución de electricidad, siempre que operen en sincronismo con un sistema eléctrico. Todo proveedor es responsable frente a sus clientes o usuarios, de la calidad del suministro que entrega, salvo aquellos casos en que la falla no sea imputable a la empresa y la Superintendencia declare que ha existido caso fortuito o fuerza mayor».

La empresa alegó que el Reglamento establece para las centrales generadoras una calidad de suministro, que antes de la dictación del Reglamento, solo se exigía a las distribuidoras.

Con ello, señaló la empresa, se ha establecido una causa sobreviniente que afecta

sus contratos. La empresa alegó que el cien por ciento de sus clientes son clientes libres o no regulados. Con ellos tiene celebrados contratos en los que se establece una cierta calidad de suministro, a cambio de un precio que refleja dicha calidad. Como la norma reglamentaria le obliga a vender un producto, en condiciones distintas a las pactadas, se le viola el derecho a propiedad que tiene sobre los derechos personales que emanan del contrato. El precio determinado de acuerdo a una cierta calidad, no es posible modificar unilateralmente.

En definitiva, la empresa alega que los estándares de calidad y suministro establecidos por el Reglamento, afectan sus contratos, válidamente celebrados con sus clientes. Ello afecta su derecho de propiedad.

La Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 8 de julio de 1999, rechazó el recurso. Dicho fallo fue confirmado por la Corte Suprema el 4 de agosto del mismo año.

b) Fallo de la Corte de Apelaciones, ratificado por la Suprema.

i. El derecho público, no el derecho civil, regula la actividad del servicio público.

Norgener es una empresa generadora de energía y, en tal sentido, ejerce una actividad regulada por ley (D.F.L. N° 1 de 1982) y por los reglamentos de esa ley.

Se regula, pues, una actividad económica y de servicio público, ya que están en juego normas de calidad de servicios y de estándares de calidad de suministro para todas las empresas de distribución o generación que suministren energía eléctrica. En el conflicto planteado el derecho material a aplicar no es el Derecho Civil que liga a empresas y clientes, sino el Derecho Público que regula una actividad económica de generación, transporte y distribución de energía eléctrica (C. 2°).

Es preciso dejar asentado, como premisa, que *la generación, transporte y distribución de energía eléctrica es una actividad económica cuya característica es ser servicio público y como tal existen en juego normas de derecho público y no meramente del orden civil* (C. 4°).

ii. La actividad de generación la regula el ordenamiento jurídico.

La empresa recurrente olvida —señaló la Corte— que la *actividad económica de generación es regulada por ley, concepto lato que engloba al reglamento* y también en servicio público material de generación, transporte y distribución de electricidad; por lo que no estamos en presencia de dirigismo contractual, sino en la fijación de reglas uniformes de calidad de servicio y estándares de calidad de suministro para empresas concesionarias de distribución y de generación, que mantienen contratos de suministro de energía y potencia.

La actividad eléctrica, sea generación, transporte o distribución está sujeta a las potestades de fiscalización y reglamentarias de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Luego la actividad de Norgener, contrariamente a la que sostiene la recurrente, sí está regulada por la ley (C. 2°).

iii. El 19 N° 21 de la Constitución.

El derecho a desarrollar cualquier actividad económica constituye una manifestación del orden público económico, el que es regulado por el poder público (C. 4°).

La sociedad anónima Norgener impugna los artículos 222 inciso 2° y 224 inciso 2° del Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos y sostiene que la autoridad no pueda imponerle requisitos para el desarrollo de su actividad como tal empresa, fijando normas de calidad, pues de este modo se atenta contra la libertad contractual, desde que ha celebrado contratos de suministro de largo plazo, que conforme al artículo 1545 del Código Civil constituyen una ley para las partes.

Frente a esta aseveración cabe, entonces, tener en cuenta, como ya se ha dejado expuesto, que *toda la actividad económica de generación de energía convoca la actuación del poder público para su regulación. Y es por ello que el artículo 222 determina cuáles son los parámetros que incluye la calidad de servicio y los cuestionados artículo 221 y 224 establecen la responsabilidad por el cumplimiento de dicha calidad de suministro (C. 5°).*

iv. Propiedad no es impunidad.

Las leyes y reglamentos no pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por los particulares y la propiedad no puede significar infringir al ordenamiento jurídico; es por ello que no puede invocarse la propiedad para establecer una suerte de impunidad al ordenamiento jurídico (C. 7°).

La relación jurídica en la producción de energía eléctrica es entre el órgano de la administración del Estado con la empresa generadora; luego no son sujetos de ella los terceros que se puedan vincular con las empresas. Es por ello que *Norgener no puede oponer a la administración contratos que pactó con sus clientes (C. 7°).*

2. Segundo caso: Letreros camineros.

a) Antecedentes.

i. Acto recurrido.

Mediante un recurso de amparo económico, una empresa de avisos publicitarios recurrió en contra de los oficios N°s. 0848, 0884, 0886, 1162, 1294, 1309, 1327 y 0948 de la Dirección de Vialidad de la Región Metropolitana, que le exigía cumplir con los requisitos indicados en el decreto supremo N° 327, de 1992, del Ministerio de Obras Públicas, para obtener la renovación de los permisos de instalación de carteles de publicidad en terrenos adyacentes a caminos públicos, bajo sanción de caducidad, permisos de los que es titular desde hace varios años.

ii. Argumentos.

La Sociedad de Servicios Publicitarios Publivía Limitada alegó lo siguiente:

- La Dirección Nacional de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas debe abstenerse de aplicar el D.S. MOP N° 327/92, por haber quedado éste sin efecto

de pleno derecho, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 83 inciso 2º de la Constitución Política de la República, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de abril de 1993, que acogió el reclamo deducido a su respecto por 31 señores Diputados de la República, en conformidad al artículo 82 N° 12 de la misma Carta Fundamental.

- Además, la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas está infringiendo el artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental.

iii. Fallo del Tribunal Constitucional.

El decreto supremo N° 327 fue objeto de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional favorable al respectivo requerimiento (fallo de 6 de abril de 1993, Rol N° 167), en el que se declararon institucionales los números 3 y 4 de aquel decreto, en síntesis, por recaer sobre materias de la exclusiva competencia del legislador, como lo es el derecho consagrado por el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

iv. Fallos de la Corte de Apelaciones y fallo de la Corte Suprema.

La Corte de Apelaciones, en sentencia de 25.10.1999, rechazó el recurso. La Corte Suprema, en cambio, por sentencia de 09.12.1999, acogió el recurso, ordenando dejar sin efecto los oficios recurridos y disponiendo que la autoridad debía abstenerse de aplicar el D.S. N° 327, de 1992, del MOP.

b) Relación ley-reglamento.

i. Fallo Corte de Apelaciones.

El fallo de la Corte de Apelaciones sostuvo, en síntesis, que dentro de la normativa aplicable a la actividad económica en cuestión, se encuentra el artículo 39 del Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960, inciso segundo, que faculta al Director de Vialidad para regular la colocación de los avisos publicitarios en las fajas adyacentes de los caminos públicos.

Por lo tanto, *no es posible sostener que la actividad en cuestión se encuentre regulada solo a través de decretos supremos o reglamentos, en otras palabras, por la sola potestad reglamentaria del ejecutivo, sino que existen normas de rango superior, como es el citado Decreto con Fuerza de Ley N° 206 de 1960, el cual, al igual como ocurre con los Decretos Leyes, se le ha reconocido el rango de ley.*

En consecuencia, exigiendo una actividad regulada por la ley, que establece dentro de sus respectivos la autorización del Director de Vialidad, la cual se ha ejercido de modo racional, no es posible concluir que exista en la especie una conculcación al derecho a desarrollar una actividad económica lícita.

ii. Fallos Corte Suprema.

Los aspectos medulares del fallo de la Corte Suprema en la materia que aquí interesa son:

- La Constitución consagra dos tipos de reglamentos.

Debe recordarse que la potestad reglamentaria del Presidente de la República, consagrada en el N° 8 del artículo 32 de la Constitución, puede ser ejercida por el Presidente para «dictar los ... reglamentos... que crea convenientes para la ejecución de las leyes» (Reglamento de ejecución) y también para dictarlos «en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal» (Reglamentos Autónomos). *Los primeros están limitados por el marco de la ley que ejecutan y, obviamente, por la Constitución, ya que si desbordan aquel marco y se introducen en el ámbito propio de la ley, incurren en inconstitucionalidad;* los reglamentos autónomos, en cambio, como no ejecutan ninguna ley y recaen sobre materias ajenas al dominio legal, solo están limitados por la Constitución.

- Hay una remisión.

En el presente caso, se trata de un reglamento de ejecución, pues el decreto 327 tuvo por objeto modificar el reglamento contenido en el decreto supremo N° 1319, de 1977, del Ministerio de Obras Públicas, que fue dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria, a la que se remitió precisamente la ley de caminos cuando en su artículo 38, inciso 2°, dispuso que «la colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos deberá ser autorizada por el Director de Vialidad, en conformidad al reglamento» (D.F.L N° 850, MOP, 1997, texto refundido Ley N° 15.840 y D.F.L N° 206, MOP, 1960). Tal reglamentación ha debido enmarcarse en el ámbito legal para no incurrir en ilegalidad ni inconstitucionalidad, porque la remisión que la ley hizo al reglamento no ha constituido una delegación de potestades legislativas, sino meramente un llamado para que el Presidente de la República, dentro de su propia esfera de actuación, complementara el texto legal.

- Las garantías pueden ser reglamentadas por la autoridad administrativa.

Como toda norma legal (y las que lo son están indicadas en el artículo 60 de la Carta Fundamental), también las que regulen esta garantía (se refiere al artículo 19 N° 21) pueden ser reglamentadas por el Presidente de la República para su mejor aplicación y en la medida en que el reglamento no sobrepase el ámbito de la ley, forma parte del ordenamiento jurídico regulatorio del derecho.

De lo anterior fluye la conclusión de que no toda norma reglamentaria, por el hecho de serlo, debería considerarse inconstitucional si recae sobre esta materia, sino solo la que invada el campo de la norma legal que complementa para su mejor aplicación.

3. Tercer caso: Club nocturno Alcazaquibir.

a) Antecedentes.

La sociedad «Club Nocturno Alcazaquibir Ltda.», presentó un recurso de protección en contra de la Directora de Obras subrogante de la Municipalidad de Lo Barnechea, señora Joyce Brown Fernández, y de la alcaldesa de esa corporación señora Marta Ehlers Bustamante, para que se ordenara dejar sin efecto el oficio D.O.M. N° 471, de veintisiete de diciembre de 1999 emitido por dicha Dirección de Obras Municipales y para que la señora alcaldesa se abstuviera de dictar el decreto de inhabilitación de las

edificaciones existentes en el predio que ocupa la empresa recurrente o, en el evento de haberse ya extendido, se le dejara también sin efecto, sin perjuicio de adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar el amparo debido a la agraviada, con costas.

Basó su pretensión en que la entidad compareciente arrienda el bien raíz de propiedad de la sociedad «Asesorías e Inversiones de la Cerda y Burotto Ltda.», y en el que funciona la discoteca Café Vallarta (ex Discoteque Notidormi), nombre de fantasía que emplea el Club Nocturno Alcazaquibir Ltda. Para explotar comercialmente el giro de su denominación, en 1996, obtuvo un permiso de edificación provisorio para regularizar la ampliación y remodelación del local por un año, dentro del cual debía resolver la situación relativa a los estacionamientos exigidos para la discoteca en el respectivo instrumento de planificación territorial. Al efecto entregó al ayuntamiento copia del contrato de arrendamiento suscrito respecto del inmueble vecino a la discoteca que consultaba mayor número de los estacionamientos requeridos por el permiso de edificación otorgado.

Pero, después de ardua tramitación, se le manifestó a través del oficio impugnado, que la solución dada mediante el arrendamiento de una heredad colindante con la discoteca y destinada a los estacionamientos, no resultaba aceptable porque no se ajustaba a la interpretación que del artículo 2.4.2 de la Ordenanza hizo el Seremi de la Vivienda.

El decreto alcaldicio –señaló la recurrente– se sustenta en lo informado por la Dirección Jurídica Municipal que, a su vez, se ciñe a la interpretación del Seremi de Vivienda.

Sin embargo, conforme al artículo 19, N° 24, inciso 2°, de la Carta Fundamental, para establecer el modo de disponer, sea por enajenación o transferencia, de una propiedad, se requiere de una ley y solo una ley puede hacerlo y no un simple reglamento o decreto como lo es la Ordenanza General que reglamenta la Ley de Urbanismo y Construcciones. Como reglamento, dicha ordenanza no puede exceder ni reemplazar la ley. Lo anterior, es relevante porque dicho cuerpo legal no contiene ninguna regla que señale que las propiedades deba enajenarse en conjunto con los estacionamientos, salvo aquellos acogidos a la Ley de Propiedad Horizontal.

Por ello, a juicio de los recurrentes, las conductas importan la privación o amenaza del legítimo ejercicio de las garantías esenciales que protege el artículo 19, N°s 21° y 24°, de la Constitución Política de la República, es decir, les impide desarrollar una actividad económica lícita y les priva de los ingresos pecuniarios provenientes de ella.

En definitiva, entonces, la disparidad entre las partes surge en torno a la interpretación del artículo 2.4.2 del Decreto Supremo de Vivienda y Urbanismo N° 47, de 5 de junio de 1992, que fija el texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, de 13 de abril de 1996, en particular los incisos 3° y 5° del citado precepto. Con arreglo a dichos preceptos los órganos recurridos entienden que todo estacionamiento ubicado en otra heredad, debe pertenecer en dominio al mismo

dueño de la finca que genera la obligación; mientras que, a su turno, los comparecientes creen que tal exigencia solo procede aplicarla respecto de la segunda alternativa de excepción contemplada por la norma, atinente al caso de adquirirse estacionamientos existentes, que no hubieren sido destinados al cumplimiento de este requisito.

b) La interpretación del Seremi.

i. La interpretación.

En Ordinario N° 628/99, de 26 de marzo de 1997, proveniente del Secretario Regional Ministerial Metropolitano de Vivienda y Urbanismo, se concluyó que no es posible aceptar la solución de arriendo de estacionamientos en un predio distinto del que originó la exigencia, dado que el inciso 5° del artículo 2.4.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones dispone que la propiedad que origina la exigencia de estacionamiento solo puede ser transferida en conjunto con estos, lo que debe constar en el certificado de enajenación.

De este modo, el dueño del proyecto, sea que adquiera una heredad diversa a una distancia inferior a trescientos metros para construir los estacionamientos requeridos, o bien adquiere aparcaderos existentes en otro edificio, que sean excedentes de los exigidos y que sean enajenables acogidos a la Ley de Propiedad Horizontal, suponen el dominio del terreno y/o de los estacionamientos, como única forma de asegurar el cumplimiento permanente de la provisión, así como de que eventualmente estos pudieran ser transferidos en conjunto con la propiedad que los hizo exigibles. Ello no queda asegurado con un contrato de arrendamiento.

ii. La impugnación.

Este oficio es reprochado por los recurrentes, pues, por una parte, el Seremi de Vivienda y Urbanismo carece de atribuciones para impartir tales instrucciones, que se restringen únicamente a la interpretación de las disposiciones de los instrumentos de planificación. Por la otra, dicha interpretación se sustenta en una norma que adolece de nulidad de derecho público, por cuanto exige el dominio de la finca y/o de los establecimientos como única manera de asegurar el cumplimiento de la provisión permanente de estos y de su transferencia en conjunto con el predio que los hizo exigibles. Ello se contrapone con el artículo 19, N° 24 inciso 2° de la Constitución, que establece que para establecer el modo de disponer, sea por enajenación o transferencia de una propiedad, se requiere de una ley y no un simple reglamento o decreto, como lo es la Ordenanza General que reglamenta la Ley de Urbanismo y Construcciones. Por esta calidad, no puede excederla ni reemplazarla y ocurre. Sin embargo, la LGUC no contiene precepto alguno que obligue la enajenación del terreno en conjunto con los estacionamientos, salvo aquellos acogidos a la Ley de Propiedad Horizontal, que no es el caso actual.

Por ello, se sostiene, los entes recurridos no pueden excusarse en que dicha interpretación del Seremi les resulta obligatoria legalmente y vinculante, por lo que no pueden apartarse de ella, puesto que no les es lícito aplicar una determinada regla de la

ordenanza en forma restringida, ilegal y arbitraria basada en una exégesis realizada por quien no tiene facultades para hacerlo. Ello implica hacer propios dichos abusos. Además, al no solicitar una interpretación de la disposición cuestionada antes de pronunciarse a su vez sobre su petición, se actuó ilegal y arbitrariamente.

c) Los argumentos de las Cortes.

i. La OGUC emana de la potestad reglamentaria.

Desde luego resulta útil tener en cuenta que dicha *Ordenanza, de acuerdo con los artículos 1º y 2º, inciso 3º, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contiene las disposiciones reglamentarias de ese cuerpo legal y regula el procedimiento administrativo, el proceso de planificación urbana, urbanización y construcción y los standards técnicos de diseño y construcción exigibles en los dos últimos, por lo que no es otra cosa que el corolario de la potestad reglamentaria que entrega al Presidente de la República el artículo 32, Nº 8º, de la Constitución Política de la República. Por consiguiente, tiende a la mejor ejecución de la ley; pero, en todo caso, sometida y enmarcada a ella, por lo que no le es dable excederla ni reemplazarla, sino únicamente le es permitido ejecutarla, detallarla o especificarla.*

ii. La OGUC excedió la ley que reglamenta.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 19, Nº 24º, inciso 2º de la Carta Fundamental consagra un estatuto legal en materia de derecho de propiedad cuando preceptúa que «solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social», lo que se refuerza con el artículo 60, Nº 2º, del mismo texto, cuando declara que «solo son materia de ley: ... 2) las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley». Como la *Ley General de Urbanismo y Construcciones no contiene ninguna regla que indique que la propiedad deba enajenarse conjuntamente con los estacionamientos*, salvo el artículo 112 que gobierna aquellos casos acogidos a la Ley de Propiedad Horizontal, *cabe concluir que el inciso 5º del artículo 2.4.2 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones ha excedido la Ley que reglamenta, en cuanto a la normativa sobre disposición o transferencia de bienes raíces conjuntamente con los estacionamientos.*

iii. Los tribunales no pueden dejar sin efecto por ilegalidad un decreto; pero pueden desconocer eficacia.

Aun cuando los tribunales carecen de jurisdicción para dejar sin efecto un decreto supremo en razón de su ilegalidad, se encuentran, no obstante, plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que rebasa los límites que le han fijado la Constitución y las leyes cuando dicho problema se plantea dentro de la esfera de su competencia, como acontece en la especie, como una manera efectiva de adoptar entonces y de inmediato las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado que se le requiere y que les franquea el artículo 20 de la carta fundamental.

iv. Se afectan garantías.

Los actos de autoridad cuestionados y que se fundan en el Ordinario N° 628/99 del Secretario Regional Ministerial Metropolitano de Vivienda y Urbanismo perturban o amenazan las garantías esenciales invocadas y que amparan los N°s 21° y 24°, inciso 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, por lo que es menester acoger la acción cautelar deducida por los comparecientes.

IV. Los aspectos medulares de los fallos.

De los tres fallos del capítulo anterior, destacan varios aspectos. Estos pueden agruparse en los siguientes elementos:

1. La referencia a la ley no excluye el reglamento.

El primer aspecto de los fallos es la coincidencia sobre legitimidad de la potestad reglamentaria en la regulación de los derechos.

El asunto es relevante porque se alegó por los recurrentes la imposibilidad del reglamento para intervenir en la normación de una actividad económica. Esto solo correspondería a la ley.

Sin embargo, en los tres asuntos los tribunales optan por establecer que la referencia de la ley no excluye el reglamento. En el caso de Norgener la Corte expresamente señaló: «la actividad económica de generación es regulada por ley, concepto amplio que engloba al reglamento... toda la actividad económica de generación eléctrica convida la actuación del poder público para su regulación».

En el mismo sentido se expresó la Corte Suprema en el caso de los «Letreros Camineros»: «Como toda norma legal (y las que lo son están indicadas en el artículo 60 de la Carta Fundamental), también las que regulen esta garantía (se refiere al artículo 19 N° 21) pueden ser reglamentadas por el Presidente de la República para su mejor aplicación y en la medida en que el reglamento no sobrepase el ámbito de la ley, forma parte del ordenamiento jurídico regulatorio del derecho. De lo anterior fluye la conclusión de que no toda norma reglamentaria, por el hecho de serlo, debería considerarse inconstitucional si recae sobre esta materia, sino solo la que invada el campo de la norma legal que complementa para su mejor aplicación»¹⁰.

Lo mismo reitera la Corte en el caso del Club Nocturno Alcazaquibir: «Desde luego, resulta útil tener en cuenta que dicha Ordenanza, de acuerdo con los artículos 1° y 2°, inciso 3°, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contiene las disposiciones reglamentarias de ese cuerpo legal y regula el procedimiento administrativo, el

¹⁰ No deja de ser relevante esta afirmación de la Corte Suprema, pues en 1992 y 1993, la tendencia de la reserva absoluta de ley en la relación ley-reglamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se inicia con un asunto prácticamente igual a este.

proceso de planificación urbana, urbanización y construcción y los standards técnicos de diseño y construcción exigibles en los dos últimos, por lo que no es otra cosa que el corolario de la potestad reglamentaria que entrega al Presidente de la República el artículo 32, N° 8°, de la Constitución Política de la República».

Todo lo anterior demuestra que en estas sentencias, el conflicto ley-reglamento no está en la posibilidad de éste de regular, sino en el límite de esta intervención. Se da por descontado que la regulación es plenamente legítima.

2. La ley puede convocar en algunos casos expresamente el reglamento.

El segundo aspecto de los fallos, es que aunque la potestad reglamentaria del Presidente de la República tiene rango constitucional, en algunos casos la ley convoca expresamente la intervención del reglamento fijando los criterios de su intervención en la regulación. Es decir, no se satisface con la facultad reglamentaria general del Presidente de la República.

Así lo señaló la Corte en el caso de «Letreros Camineros»: «En el presente caso, se trata de un reglamento de ejecución, pues el decreto 327 tuvo por objeto modificar el reglamento contenido en el decreto supremo N° 1319, de 1977, del Ministerio de Obras Públicas, que fue dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria, a la que se remitió precisamente la ley de caminos cuando en su artículo 38, inciso 2°, dispuso que «la colocación de avisos en las fajas adyacentes a los caminos deberá ser autorizada por el Director de Vialidad, en conformidad al reglamento» (D.F.L N° 850, MOP, 1997, texto refundido Ley N° 15.840 y D.F.L N° 206, MOP, 1960). Tal reglamentación ha debido enmarcarse en el ámbito legal para no incurrir en ilegalidad ni inconstitucionalidad, porque *la remisión que la ley hizo al reglamento no ha constituido una delegación de potestades legislativas, sino meramente un llamado para que el Presidente de la República, dentro de su propia esfera de actuación, complementara el texto legal.*

En este considerando, la Corte distingue claramente la «delegación legislativa» de la «remisión normativa».

La primera es la facultad que el Congreso Nacional otorga al Presidente de la República para que legisle, es decir, para que dicte un decreto con fuerza de ley. La segunda, o sea, la remisión, es la convocatoria que hace el legislador al Presidente de la República para que, en ejercicio de la potestad reglamentaria, complemente el texto legal. En otras palabras, mientras la delegación legislativa da origen a un decreto con fuerza de ley, la remisión normativa genera un reglamento de ejecución. En el primer caso, la norma delegatoria tiene el mismo rango que la disposición a que da origen (ley delegatoria-DFL). En cambio, en el segundo caso, la norma nueva, tiene un rango inferior (ley-reglamento).

Además, mientras en la delegación legislativa se otorga una potestad que el Presidente no tiene (la potestad de legislar), en la remisión normativa se convoca a una potestad que el Presidente sí tiene: la potestad reglamentaria.

También puede anotarse que mientras la delegación legislativa, una vez ejercida, se agota, la remisión normativa puede dar origen a varias normas secundarias.

Dicho distingo es relevante porque no es recogido¹¹ unánimemente por nuestra doctrina. Así, para Eduardo Soto Kloss, «no existe en nuestra Carta Fundamental la posibilidad de la remisión normativa, que implica que el legislador reenvíe al Presidente de la República para que éste legisle en materias de reserva legal complementando o completando lo que al legislador le corresponde por imperativo constitucional y que no hace u omite»¹².

Como se observa, dicha concepción de la remisión es propiamente una delegación. Si el legislador convoca al Presidente de la República para legislar en materias de reserva legal, lo habilita para dictar un DFL, no un reglamento. Atendido el rango constitucional de la potestad reglamentaria en nuestro sistema, la habilitación de la ley al reglamento carece de sentido. No es la ley la norma que permite dictar reglamentos sino la Constitución.

Sin embargo, el cuestionamiento apunta a resaltar que el reglamento no puede suplir al legislador, es decir, normar lo que la ley no hizo u omitió. En el fondo, cuando se afirma que no cabe la remisión, se expresa el conflicto sobre si el reglamento puede complementar o completar la regulación legal. Ello obliga a distinguir entre dos asuntos. Por una parte, si la remisión es o no legítima y, por la otra, el grado de desarrollo del reglamento respecto de la ejecución de la ley.

El distingo es relevante porque la ley puede llamar al reglamento para intervenir en una regulación, fijándole los criterios de su incursión. Si no lo hace, el Presidente de la República tiene la más amplia legitimidad para idear la manera en que ejerce su potestad reglamentaria. Si la ley, en cambio, le dice cómo, en qué quiere ayuda para su ejecución, el Presidente de la República restringe su discrecionalidad, pues debe sujetarse a dicha remisión.

Lo anterior debe diferenciarse de si el reglamento excede la remisión o la contraviene. Ello hace ilegítimo el reglamento, pero no la remisión.

De ahí la importancia de distinguir ambos asuntos.

¹¹ El distingo viene de García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 272 y ss., quienes diferencian entre remisión normativa y delegación recepticia. Antes de este fallo, el distingo está en RDJ, T90, 2.5, 215-219.

¹² *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. T. II, Edit. Jurídica, Santiago 1996, p. 81-82.

3. El rol del reglamento es complementar la ley para su mejor ejecución, sin que pueda excederla.

El tercer aspecto que subrayan los fallos comentados, es lo que puede denominarse la función que cumple el reglamento respecto de la ley.

En «Letreros Camineros», la Corte Suprema señala que el reglamento tiene por propósito «la mejor aplicación» de la ley; el reglamento «complementa la ley para su mejor aplicación».

En el caso del Club Nocturno Alcazaquibir, la Corte señala que la potestad reglamentaria tiende «a la mejor ejecución de la ley». En tal sentido, le es permitido «ejecutar, detallar o especificar la ley».

Sin embargo, los fallos se encargan de anotar el límite de creatividad que tiene el reglamento en ese rol. En «Letreros Camineros», la Corte sostiene que los reglamentos de ejecución «están limitados por el marco que la ley ejecuta y, obviamente, por la Constitución, ya que si desborda aquel marco y se introducen en el marco propio de la ley, incurrir en inconstitucionalidad. Ello los distingue de los reglamentos autónomos, que como no ejecutan ninguna ley y recaen sobre materias ajenas al dominio legal, solo están limitados por la Constitución... La reglamentación, entonces, debe enmarcarse en el ámbito legal para no incurrir en ilegalidad ni inconstitucionalidad que debe ser reprimido».

En el mismo sentido se expresa la Corte en el caso Club Nocturno Alcazaquibir: la potestad reglamentaria del Presidente de la República «tiende a la mejor ejecución de la ley»; pero en todo caso, sometida y enmarcada a ella, por lo que no le es dable excederla ni reemplazarla, sino únicamente le es permitido ejecutarla, detallarla o especificarla».

Ahora bien, si el reglamento o la ley exceden o contravienen el marco de la ley que ejecutan, existen distintas sanciones a juicio de los sentenciadores.

En primer lugar, en el caso de «Letreros Camineros», la Corte sostiene que si el reglamento excede la ley que ejecuta, desbordándolo o introduciéndose en el ámbito propio de la ley, hay un vicio de ilegalidad y de inconstitucionalidad.

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

En tercer lugar, en el caso del Club Nocturno Alcazaquibir, la Corte señala lo siguiente: «aun cuando los tribunales carecen de jurisdicción para dejar sin efecto un decreto supremo en razón de su ilegalidad, se encuentran no obstante plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que rebasa los límites que le han fijado la Constitución y las leyes cuando dicho problema se plantea dentro de la esfera de su

competencia, como acontece en la especie, como una manera efectiva de adoptar entonces y de inmediato las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado que se le requiere y que les franquea el artículo 20 de la carta fundamental».

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

La doctrina denomina a esta facultad «la inaplicabilidad tácita del reglamento ilegal», pues el juez, frente a este reglamento, no puede aplicarlo para resolver la disputa¹³.

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

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

Sin embargo, desde 1989 los tribunales ordinarios son competentes para conocer de la acción de nulidad de un acto. Ella se tramita como juicio ordinario; el tribunal competente es aquel que resulte de la aplicación de las reglas generales; y el demandado es el Fisco, si el órgano de la administración que dictó el acto carece de personalidad jurídica, o el jefe de servicio, si es un ente personificado¹⁴.

Los problemas que surgen de lo anterior son, por una parte, si la materia es propia de un juicio ordinario ¿puede resolverse mediante un recurso de protección?. Y, por la otra, si los jueces siguen dotados de esta potestad.

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

Ello explica, por una parte, que su legitimidad sea restringida a quien se ve afectado en sus derechos. El recurso no lo puede entablar quien tenga un mero interés, aunque sea el que la administración respete el ordenamiento. Este sujeto tiene otros mecanismos

13 García de Enterría, y Fernández, T, Tomás R.; Curso T. I, ob.cit., p. 237.

14 Soto Kloss, E.; Ob.cit., T. II, p. 190 y ss.

para satisfacer su inquietud. Es decir, no porque no proceda la protección, queda desamparado. Si el recurso de protección garantizara la legalidad, la legitimidad debería ser el mero interés, y no el derecho vulnerado.

Por otra parte, los afectos del recurso son particulares. Las medidas que dispone la Corte son solo para el afectado. En cambio, en un contencioso anulatorio, los efectos de la sentencia son de efectos generales. Si el acto adolecía de un vicio, el acto debe ser purgado no solo de la relación jurídico particular comprometida en el juicio, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto¹⁵.

Lo anterior justifica distinguir la acción ordinaria para pedir la nulidad de un acto administrativo de las medidas que adopte la Corte para dar protección a un recurrente¹⁶.

El segundo punto que plantean las sentencias, es si los jueces tienen en la actualidad la potestad de prescindir de un acto administrativo que ellos consideren contrario al ordenamiento jurídico o, en el caso del reglamento, vulnerador de la ley que ejecutan.

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

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

Al respecto, cabe preguntarse: ¿es eso posible en nuestro ordenamiento, con potestades expresas y con una competencia acotada de los tribunales y concebida como requisito de validez de una actuación?

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

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

4. Los contratos no son inmunes al reglamento.

Finalmente, en el caso Norgener, se establece por las Cortes la fuerza del reglamento para los particulares.

¹⁵ Es el distingo entre dos acciones clásicas del contencioso administrativo francés: el recurso de nulidad, objetivo o por exceso de poder, y el recurso subjetivo o de plena jurisdicción.

¹⁶ Para algunos autores, sin embargo, cuando una Corte dispone que el acto quede sin efecto, lo que hacen es declararlo nulo. Véase Informe Constitucional N° 2304, de 01/09/2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

La violación del reglamento puede revestir dos formas distintas.

En primer lugar, la contravención. Consiste en un acto contra el reglamento, pues el sujeto destinatario adopta un comportamiento que es contrario a lo prevenido en ella, al realizar aquello que la norma prohíbe o dejar de realizar lo que la norma ordena.

Otra vía de violación del reglamento, es el fraude al mismo. En este caso, el destinatario, sin adoptar formalmente una conducta contraria a lo dispuesto por el reglamento, burla o frustra su finalidad.

Ahora bien, si el deber jurídico establecido en una norma no se cumple, se desencadena una serie de consecuencias mediante las cuales se trata de reprochar la conducta jurídica y de condenar al autor de la misma.

La consecuencia que acarrea para el infractor el acto jurídico, puede denominarse en sentido general sanción.

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

En primer lugar, los reglamentos que dicta el Presidente de la República emanan de la potestad reglamentaria que le reconoce la Constitución (artículo 32 N° 8). Como la Constitución obliga a toda persona, institución o grupo (artículo 6°), los actos dictados en ejercicio de dicha potestad tienen la fuerza otorgada por la Constitución.

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

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

V. El margen del reglamento en la doctrina.

En el capítulo anterior, se analizó la doctrina sentada por tres fallos en la relación ley-reglamento respecto del ámbito de este último.

A continuación y para una adecuada contextualización, se sintetiza lo que la doctrina nacional ha señalado sobre la materia.

Para ello se agrupará a los comentaristas por Constitución. En tal sentido, se hablará de la doctrina bajo la Constitución de 1833, de 1925 y de 1980¹⁷.

¹⁷ Una recopilación en igual sentido, pero solo con comentaristas de la Constitución de 1833 y 1925, se puede ver en: Soto Kloss, Eduardo, *Ley y Reglamento: sus relaciones en el derecho chileno*. En *Rev. Jus Publicum* N° 3, 1999, pág. 39 a 47.

1. Doctrina bajo la Constitución de 1833.

a) J. Huneeus.

Para Huneeus¹⁸ el Poder Ejecutivo, como lo indica su nombre, *dicta medidas para hacer ejecutar la ley*; pero *no puede alterar en ningún sentido ni los derechos ni las obligaciones por ella creadas, debiendo limitarse a determinar la manera, la forma de cumplirlas. Ejecutar leyes no es dictarlas.*

b) V. Lastarria.

Victorino Lastarria¹⁹ expresa que los decretos, reglamentos no pueden versar sino sobre los detalles de éstas, ni pueden tener otro objetivo que el *de desarrollarlas en la aplicación de sus preceptos*. En este sentido sería inconstitucional todo decreto o reglamento en que el Presidente estableciera condiciones y derechos que no se hallasen sancionados primitivamente en la ley.

c) A. Roldán²⁰.

Alcibíades Roldán señala que al Poder Ejecutivo le corresponde *entrar en los detalles* concernientes a su aplicación, a fin de *preparar y facilitar esta misma aplicación* de que está encargado. Con tal objeto, espide los decretos, reglamentos e instrucciones que son necesarios, respetando el texto y el espíritu de la ley.

2. Doctrina bajo la Constitución de 1925.

a) M. Bernaschina.

Mario Bernaschina²¹ expresa que los decretos y reglamentos deben conformarse o ajustarse a las respectivas leyes, y si son contrarios a la ley, carecen de fuerza legal y no deben aplicarse.

En un Reglamento no pueden establecerse delitos ni penas, como tampoco se podría sanear ni extinguir una pena que la ley ha impuesto para determinadas faltas o delitos.

b) C. Estévez.

Carlos Estévez²² manifiesta que la ley se limita a dar normas generales sin entrar en los *detalles*; *estos últimos son reglados por* el Presidente mediante el ejercicio de la potestad

18 La Constitución ante el Congreso, Imprenta de Los Tiempos, Santiago de Chile, 1ª edición, 1880, T. 2, p. 46 y 48.

19 La Constitución Política de la República de Chile comentada, en «Elementos de derecho público constitucional teórico, positivo y político» (3ª edic.), Imprenta Vanderhaegen, Gante. 1865, p. 338-339.

20 Citado por Soto Kloss, E.; *Ley y reglamento...* Ob.cit., p. 38 y 39.

21 Bernaschina González, Mario; *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1951, p. 422.

22 Estevez Gazmuri, Carlos; *Elementos de Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, 1949, p. 281.

reglamentaria. Los decretos y reglamentos deben ajustarse a la letra y al espíritu de la ley, ya que su objetivo principal es facilitar su ejecución. El decreto o reglamento no puede imponer obligaciones no establecidas en la ley.

c) *A. Silva Bascuñán.*

Alejandro Silva Bascuñán²³ sostiene que la tarea ejecutiva del Presidente debe estar sometida a la leyes ordinarias, en el sentido de que ha de velar por su debida ejecución; no está facultado para derogarlas ni suspenderlas; *ni para disponer nada que a ellas se oponga*, ni para ordenar por sí mismo en materias que solo mediante la legislación puede prescribirse.

El reglamento, se hace necesario, por cuanto el legislador no puede *entrar en la minucia de los detalles* que deben tomarse en cuenta en el cumplimiento de las disposiciones sustanciales que la ley consigna.

Cuando la ley es simple en su contenido podrá cumplirse sin necesidad de dictación de un reglamento.

Con frecuencia, sin embargo, la ejecución de la norma legislativa, para ser llevada al campo concreto de los hechos, requiere una serie de *precisiones o su coordinación* con el contenido de otras normas, a fin de que pueda así realizarse plena y eficazmente.

El reglamento no puede colocarse en pugna con la Carta Fundamental ni tampoco por sobre la ley, de manera que nada podrá estatuirse en él que la contradiga o que establezca requisitos no señalados en esas ordenaciones de superior categoría.

El legislador, en otras ocasiones, con el fin de proponer a la brevedad de la ley o por considerar que el Presidente, disponiendo de *los elementos técnicos de la administración*, puede estar en mejores condiciones de resolver lo más conveniente.

d) *M. Daniel.*

Manuel Daniel A.²⁴, expresa que hay imposibilidad material de aplicar la ley por sí sola, sin *la ayuda o complemento de otra norma más específica*; ya que aquella ha de ser abstracta y genérica si no se quiere que incurra en un casuismo perjudicial e impropio.

Agrega que las asambleas legislativas no son aptas para prescribir los detalles de aplicación de las leyes, porque es esta una labor técnica que debe considerar circunstancias de lugar y tiempo y que requiere de estudios cuidadosos y especializados, más fáciles de suponer en el Ejecutivo que en aquellos cuerpos legislativos compuestos de un conjunto de personas de las más dispares tendencias y procedencias.

23 Silva Bascuñán, Alejandro; *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, Ed. Jurídica de Chile, 1963, p. 260 a 262.

24 Daniel A., Manuel; *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Edugal, 1960, p. 141, 142 y 153.

Los reglamentos ejecutivos o de ejecución, como su nombre lo indica, tienen por objeto la ejecución o aplicación de una ley determinada y se dictan en ejercicio de la potestad. Están subordinados a la ley; *completan la ley en sus detalles y circunstancias concretas*, pero deben someterse; no pueden extender, modificar ni restringir sus términos.

3. Doctrina bajo la Constitución de 1980.

a) E. Silva Cimma.

Enrique Silva Cimma²⁵, señala que la potestad reglamentaria tiene su campo de acción como *ejecutora de la ley* y en el silencio de la ley, pero no puede actuar contra ley expresa ni transgredir o atentar contra los principios fundamentales que consagra la Constitución Política del Estado.

b) P. Aylwin.

Para Patricio Aylwin Azócar y Eduardo Azócar Brunner²⁶, el campo propio de un reglamento se encuentra en materias que no son propias de leyes y en aquellas que no han sido regidas por ley, pues, en este último caso, solo podrían *complementarla, pero no contrariarla*. Ningún reglamento puede contener normas contrarias a una ley, cualquiera que sea.

c) A. Silva Bascuñán.

Alejandro Silva Bascuñán²⁷ expresa que la potestad reglamentaria que es el medio jurídico que habilita al Presidente para ordenar y exigir la obediencia, en todo lo que mande dentro de su función, tal como, a su vez, por ejemplo, la jurisdicción es la facultad, propia del Poder Judicial, que le habilita para resolver las controversias, o la legislativa es el ámbito de poder estatal otorgado a los órganos colegisladores para pronunciarse en materias a las que se les reconoce tal naturaleza.

Cuando se trata de la potestad reglamentaria que tiende al simple objeto de *facilitar el cumplimiento de las leyes*, se llama potestad reglamentaria propia, ordinaria o de ejecución.

Lo más definitorio es, por cierto, su finalidad de *llevar lo general y abstracto de la ley a lo particular y concreto* de su obediencia y cumplimiento, o sea, traducir la ley en los actos, *desenvolver, proyectándolos en los casos particulares*, los propósitos y satisfacer en ellos los objetivos perseguidos por la Constitución o la ley.

Las leyes no pueden, so pena de hacerse enmarañadas y confusas, fijar sino reglas generales. *Al poder ejecutivo le corresponde entrar en los detalles concernientes a su aplicación, a fin de preparar y facilitar esta misma aplicación de que está encargado.*

25 Silva Cimma, Enrique; *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Introducción y Fuentes*, Cuarta Edición, Ed. Jurídica de Chile, p. 158.

26 *Derecho Administrativo*, Edic. Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago 1996, p. 76.

27 Silva Bascuñán, Alejandro; *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo V, Edit. Jurídica de Chile, p. 126-132.

Se hace necesario por cuanto el legislador no puede entrar en la minucia de los detalles que deben tomarse en cuenta en el cumplimiento de las disposiciones sustanciales que la ley contiene. Se explica también la necesidad de los reglamentos en atención a que la aplicación de una determinada ley, dentro de la complejidad, variedad y unidad del ordenamiento jurídico, impone tomar en cuenta, en la práctica misma y en el cumplimiento de la norma, la proyección en concreto simultánea e ineludible de muchas otras reglas de distinta jerarquía vinculadas a la situación específica de que se trata.

En relación con los derechos subjetivos de los gobernados, Silva Bascuñán señala que los reglamentos no pueden alterarlos, debiendo *limitarse a concretar y facilitar el modo de hacerlos efectivos*.

d) *J. L. Cea*.

José Luis Cea²⁸, señala que tal potestad pertenece a cualquier órgano estatal que requiere *desarrollar o complementar las disposiciones* constitucionales o legales que lo organizan y regulan, *para ejecutarlas en situaciones concretas* incluidas dentro de su competencia.

La potestad reglamentaria es una atribución principalmente radicada en el Poder Ejecutivo.

La potestad reglamentaria clásica se denomina también de ejecución, pues su objetivo es *cumplir, aplicar o ejecutar la Constitución y las leyes* en los asuntos en que sea necesario concretar los términos abstractos y generales de esos cuerpos normativos.

Tratándose de la potestad reglamentaria clásica o de ejecución, la ley se interpone entre la Constitución y las disposiciones que el Poder Ejecutivo dicta en el ejercicio de dicha potestad.

La potestad reglamentaria clásica es subconstitucional e infralegal.

e) *Verdugo, Pfeffer y Nogueira*.

Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira expresan que la potestad reglamentaria de ejecución de ley, que persigue *desarrollar, detallar y llevar adelante las disposiciones legislativas*²⁹.

f) *E. Soto Kloss*³⁰.

Eduardo Soto Kloss señala que el reglamento sólo puede *desarrollar lo ya legislado* por el Congreso, pero *jamás podrá complementar o innovar lo regulado* por la ley, pues si se

28 Cea Egaña, José Luis: *Teoría del Gobierno, Derecho chileno y comparado*, Ed. Universidad Católica de Chile, p. 137-138.

29 Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio y Nogueira Alcalá, Humberto; *Derecho Constitucional*, Tomo II, 2ª Ed., Ed. Jurídica de Chile, p.98.

30 «Ley y reglamento...», Ob.cit.

incurriere en un complemento o innovación, se producirá un exceso reglamentario y, por ende, «nulo».

El Presidente de la República no *tiene potestades de complementar la ley sino de aplicación o ejecución de ella*.

La potestad reglamentaria de ejecución supone necesariamente que exista previamente ley que reglamentar, esto es, preceptos legales que haya de aplicar y ejecutar y para lo cual se dicta el correspondiente acto reglamentario, que no es sino un acto administrativo de carácter general, impersonal o abstracto, y permanente.

Tales reglamentos de ejecución *no pueden sobrepasar la ley que dicen desarrollar*, alterando sus disposiciones, modificando su sentido o alcance, restringiendo sus efectos, fijando nuevos requisitos o condiciones para el ejercicio de derechos o beneficios que la ley ha creado u otorgado, dejándolos sin efecto, limitando o ampliando el contenido de sus preceptos, sustituyendo procedimientos o trámites estatuidos por la ley, creando disposiciones nuevas al margen de la ley que dice reglamentar, contrariándolas, despojándolas virtualmente al establecer normas que le son contradictorias, etc. Todo ello es un exceso normativo que hace que tal disposición reglamentaria incurra en ilegalidad al exceder la ley, pero además en inconstitucionalidad al vulnerar su autor la competencia atribuida, por lo que dicho reglamento –en los preceptos excesivos– adolece de nulidad y nulidad de derecho público, como lo dispone de manera tajante e imperativa la propia Constitución, ipso iure, insanable e imprescriptible.

g) *H. Caldera*.

Hugo Caldera Delgado³¹ expresa que la potestad reglamentaria del Presidente de la República no tiene asignado un campo privativo, sino que ella se vuelva sobre los aspectos de detalle no regulados por la ley, cuidando en todo caso de *no agregar a aquella otra cosa que la pormenorización o los detalles que, sin alterar la substancia sobre la que recae la ley, faciliten su cumplimiento*. En consecuencia, el reglamento de ejecución además de estar totalmente ligado o subordinado a la ley no tiene más campo de acción que el que la ley misma haya querido, en la especie dejarle.

h) *H. Molina*.

Para Hernán Molina Guaita³² la potestad reglamentaria de ejecución, se ejerce para la aplicación de la ley.

De ella derivan los reglamentos de ejecución que son aquellos que se dictan *para el cumplimiento y aplicación de las leyes*.

31 La norma de clausura y la potestad reglamentaria en el anteproyecto de Nueva Constitución, en Revista de Derecho Público N° 27 (1980) 255-286, cita en 258-259, también el procedimiento de elaboración de los reglamentos contemplados en la Constitución Política de 1980, en ídem N° 33-34 (1983) 71-90.

32 Derecho Constitucional, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 3ª Ed., 1995, p. 277.

i) *G. García.*

Gonzalo García Pino³³ entiende por «los reglamentos ejecutivos» a los reglamentos que se dictan en virtud de remisiones normativas de la Ley en favor del Reglamento. Hay ejecución cuando en cualquier forma que una o varias leyes, o una parte de estas, es *complementada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, o ejecutada por el Reglamento.*

Ejecución de la ley, es la actuación administrativa perfectamente predeterminada en todos sus aspectos por la legalidad correspondiente; de suerte que su aplicación se agota siempre, en la hipótesis típica, en un proceso de *subsunción del supuesto de hecho en el regulado con carácter general, sin espacio alguno para apreciaciones, estimaciones o consideraciones subjetivas* de la Administración.

Un decreto supremo no ejecuta una ley, sea por excesos o insuficiencias. Ello ocurre:

- i. Con el que es simplemente contrario a la ley.
- ii. Con él que altera los preceptos de la ley que desarrolla.
- iii. Cuando van más allá del establecimiento de normas para el cumplimiento y aplicación de una ley o para el régimen interno de un servicio público.
- iv. Cuando omite un trámite esencial de procedimiento.
- v. Cuando contraria, modifica y amplía el sentido y alcance del precepto legal.
- vi. Cuando impone exigencias adicionales a las establecidas por la ley.
- vii. Cuando establece nuevos requisitos o limitaciones, derogando o haciendo inoperante la aplicación de la ley.

Sin embargo, el problema se produce con las zonas grises en donde cuesta determinar cuándo hay ejecución y cuándo existe una subordinada norma administrativa a medias; con toques de creacionismo de derecho.

j) *G. Astorquiza.*

Gastón Astorquiza Altaner³⁴ señala que al reglamento de ejecución le está encomendado, por definición, el desarrollo de las normas subordinadas, no esenciales, necesarias para permitir o facilitar la aplicación de la correspondiente preceptiva legal.

La ley debe limitarse a la regulación básica, rectora, esencial o fundamental. El sistema constitucional descarta las leyes reglamentarias.

El reglamento estaría *impedido en todo caso de contrariar* a la preceptiva rectora pertinente. Y la contrariaría, por ejemplo, si estableciera, en materia de regulación del ejercicio de derechos fundamentales, prohibiciones o requisitos incompatibles con el espíritu, el sistema o la letra de la ley correspondiente.

33 "La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la administración?"; Pontificia Universidad Católica de Chile, Tesis de postgrado, Santiago, p. 266.

34 Límites y extensión de la potestad reglamentaria presidencial, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1995, p. 363-365.

VI. La nueva disputa en la jurisprudencia previa a los casos señalados.

En el capítulo anterior, se pasó revista a lo señalado por la doctrina en la relación ley-reglamento respecto del ámbito de este último, para una adecuada contextualización de los fallos que se comentan. Dicho encuadre no sería completo, sin embargo, si no se indica lo que la jurisprudencia señaló con anterioridad a dichos fallos. Para ello se tomará como referencia las sentencias citadas en el Repertorio de la Constitución³⁵. Con ambos antecedentes, se podrá medir el cambio y la continuidad de dichas sentencias.

1. Sobre la potestad reglamentaria.

En primer lugar, los tribunales sostuvieron que es facultad del Poder Ejecutivo dictar normas generales, sea en cumplimiento de su obligación de hacer ejecutar las leyes o de cumplir con su obligación primordial de administración del Estado.

Dicha potestad está dirigida a la ejecución de las leyes, es decir, al cumplimiento de la ley.

2. Ámbito de los reglamentos.

En segundo lugar, *los decretos de ejecución son normas «secundum legem». Es decir, tienden a facilitar la aplicación y ejecución de una ley, regulando aspectos de detalles previstos o no posibles de prever, en ella, pero en modo alguno pueden contradecirla explícita o implícitamente.*

Los decretos de ejecución no pueden ir más allá de establecer normas para el cumplimiento y aplicación de una ley.

Los reglamentos están dirigidos a la ejecución de las leyes, es decir, al cumplimiento de la ley; pero no a su modificación.

3. Exceso o contravención regulatoria.

En tercer lugar, los tribunales sostuvieron que el reglamento debe obrar dentro de los términos de la ley, y solo así las normas que dicte son obligatorias para el cumplimiento y ejecución de las leyes. La potestad reglamentaria existe para el cumplimiento y la ejecución de las leyes.

Por ello, carecen de fuerza legal y no deben aplicarse los preceptos de un decreto supremo, que es contrario a la respectiva ley.

El Presidente de la República está autorizado para dictar aquellas normas que faciliten o hagan más expedita la ejecución o aplicación de una ley, pero *carece de facultad, en uso*

³⁵ *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Ed. Jurídica de Chile, p. 94 y 95, y 134 a 136.

de su potestad reglamentaria, para establecer preceptos o disposiciones que vayan más allá o extralimiten los términos mismos de la ley que reglamenta.

En tal sentido, el reglamento no puede alterar en ningún sentido ni los derechos ni las obligaciones por ellas creados, debiendo limitarse a determinar la manera, la forma de cumplirlas.

La potestad reglamentaria se traduce solo en la facultad de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones tendientes a la correcta y expedita aplicación de la ley, pero nunca a establecer nuevos requisitos o limitaciones, derogando o haciendo inoperante la aplicación de la misma.

VII. Las dos tesis en pugna.

Del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia señaladas en los capítulos anteriores, se desprende que hay consenso en que el rol del reglamento de ejecución es cumplir y facilitar la implementación de las leyes; entrar en los detalles y circunstancias concretas de la regulación. El reglamento debe desenvolver los contenidos abstractos y generales de la ley, proyectándolos a casos concretos para su adecuado cumplimiento. La administración, mediante el reglamento, incorpora elementos técnicos que la ley no establece.

Sin embargo, de dichos antecedentes se aprecia con claridad que existe una disputa respecto del límite de esta tarea.

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

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

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

Hasta aquí, lo primero que hemos despejado, es que la reserva constitucional de una materia a la ley no supone, contra lo que pudiera parecer, la prohibición total de acceso a la misma de la potestad reglamentaria, pues cabe un cierto grado, diverso según los casos, de colaboración del reglamento con la ley previa que la regule. El problema no es si la norma legal puede apelar a la norma reglamentaria sino el cuántum admisible de esta remisión³⁶.

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

La existencia de reserva de ley respecto a una materia supone, pues, que ésta, al tener que ser abordada por el legislador, queda sustraída a la normación reglamentaria, pero no evita que las disposiciones del Ejecutivo puedan colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción a la ordenación legal superior, la materia reservada³⁷.

Por otra parte, en el capítulo anterior se sintetizaron las dos tesis en pugna respecto del rol del reglamento. Una está definida por el propósito de este: ejecutar la ley. En tal sentido, tiene que hacer todo lo necesario para aplicar la ley. La otra posición está definida por el rol que juega la ley respecto del reglamento; esta es el parámetro de referencia de la norma administrativa. Su función no es llevar adelante la aplicación de la ley, sino solo desarrollar y detallar lo regulado por el legislador.

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

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

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

36 Santamaría Pastor, Alfonso; *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Edic. Ceura, Madrid 1991, p. 783 y ss.

37 División Jurídico-Legislativa, Minseggpres, «Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle», T. II, Edic. Minseggob, Santiago 2000, p. 195.

1. La teoría del complemento indispensable³⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por la otra, que el decreto tiene como ámbito todo aquello que sea necesario para la realización de las disposiciones de la ley. El decreto no puede ir más allá del «complemento indispensable» de la ley³⁹. Ello significa, desde el punto de vista negativo, que el decreto no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar el desarrollo y la ejecución de la ley. En este sentido el decreto de ejecución no podría contener nuevos mandatos normativos ni podría agravar cargas u obligaciones de la ley que desarrolla.

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

39 García de Enterría, E. y Fernández, T.R., ob. cit., p. 288 y ss.

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

2. *La teoría de la razonabilidad técnica.*

Esta posición ha sido esbozada por nuestro Tribunal Constitucional⁴⁰. Ha señalado que mediante la potestad reglamentaria, el Presidente de la República se limita a dictar las normas tendientes a poner en ejecución un precepto legal con estricta sujeción a lo que éste dispone. Un reglamento de ejecución no hace más que ayudar a la ley para que pueda producir efectos jurídicos. La ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico.

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

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

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

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

La jurisprudencia norteamericana también ha recogido esta tesis, pues no ha dudado en anular reglamentos por el hecho de ser irrazonables, pese a respetar el alcance del mandato conferido por el legislador a la Administración. La Suprema Corte ha declarado que la validez de un reglamento sólo se sostiene si está razonablemente relacionado con los propósitos de la ley de cobertura. Debe hacer una conexión racional entre el fundamento fáctico aportado por la Administración y la regulación que se dispone⁴¹.

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

41 Blanquer, David; *El control de los reglamentos arbitrarios*; Edit. Civitas, Madrid 1998, p. 110-111.

En España, García de Enterría estructura esta posición bajo el concepto de arbitrariedad reglamentaria⁴². Esta comprende los siguientes supuestos: «Reglamentos que partan de una apreciación falsa de los hechos en virtud de los cuales se determinen, que impliquen una ruptura del principio de igualdad, que pretendan transgredir los principios inmanentes a la naturaleza de instituciones cuya configuración trasciende de los poderes reglamentarios, que intenten establecer un régimen restrictivo que no guarde proporción o congruencia con las finalidades positivas perseguidas, que suponga una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos, que aparezcan motivados en una finalidad de protección de simples intereses particulares, para cuya elevación al rango de intereses públicos no se reconoce un poder soberano a la calificación reglamentaria; Reglamentos que pretendan tener un efecto retroactivo; Reglamentos que aboquen a resultados «manifiestamente injustos» o generen «iniquidad manifiesta», o atenten a la «justicia natural»; Reglamentos intrínsecos u objetivamente irrazonables, o que notoriamente falten a la buena fe exigible en la relación poder público-súbditos, o a los criterios o standards de buena Administración...».

Para verificar la eventual arbitrariedad de los reglamentos, la doctrina⁴³ señala tres técnicas. En primer lugar, analizar el reglamento desde la perspectiva de la proporcionalidad. Debe existir un razonable equilibrio entre los medios utilizados y los fines perseguidos. En segundo lugar, el reglamento debe ser enjuiciado desde el punto de vista de su congruencia. Mientras la proporcionalidad se refiere al equilibrio entre medios y fines, la congruencia alude a la adecuación de los medios para alcanzar un fin determinado. En tal sentido, un reglamento es arbitrario cuando los medios técnicos jurídicos de que se sirven son incongruentes con la finalidad que persiguen. Finalmente, está la desviación de poder. La administración no puede elegir caprichosamente los fines hacia los que se encamina una potestad. La ley marca a la administración un objetivo, de cual el reglamento no puede apartarse, sin contravenir o violentar la ley.

3. La teoría de la intensidad de la reserva.

La tercera posición para entender el ámbito del reglamento cuando ejecuta la ley, es partiendo de la intensidad de la reserva⁴⁴.

Esta tesis sostiene que la reserva legal no tiene siempre la misma intensidad. A propósito de las garantías constitucionales, dicha reserva es singularmente estricta, recorriendo con ello el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en los artículos 19º Nº 26, 60º Nº 20º y 61º inciso 2º de la Ley Suprema.

42 García de Enterría, Eduardo; *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Edit. Tecnos, Madrid 1970, p. 227 a 229.

43 Blanquer, D., Ob.cit, p. 113 y ss.

44 Esta tesis la sostiene García Pino, G., Ob. cit, p. 217 a 250.

En cambio, tratándose de la parte orgánica de la Constitución, como sucede por ejemplo, con la Ley de Presupuestos, la reserva legal debe ser calificada de menos absoluta o más relativa y, por ende, incumbe un campo de acción mayor a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley otorgar la aprobación pertinente y señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como “con arreglo a la ley”, “de acuerdo con las leyes”, “con sujeción a la ley”, “de acuerdo a lo que determine la ley” o “en conformidad a la ley”, en los artículos 10º N° 4º, 24º inciso 2º, 32º N° 22, 87º y 94 del Código Político.

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

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

- a. Reservas Legales complementarias. Ellas se caracterizan, en general, por un mandato constitucional en donde el núcleo del derecho lo define el propio texto fundamental abandonando su complemento a la ley, de modo que el derecho se ve perfeccionado cuando la ley existe. El ámbito del reglamento es aquí muy menor.
- b. Reservas legales limitativas. Se caracterizan por el hecho de que el constituyente autoriza al legislador para establecer deslindes al contenido del derecho. Es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional, mediante la exclusión de determinados supuestos fuera del ámbito de protección en virtud de una expresa habilitación constitucional.
El reglamento tiene también aquí un ámbito de creatividad estrecho.
- c. Reservas legales regulatorias. Se caracterizan por el mandato constitucional, que le permite al legislador guiar la configuración del derecho, supeditado siempre a los fines y objetivos que la Constitución le establece, entre otros, el respeto a la esencia del derecho. En consecuencia, es el propio legislador quien determina qué cuestiones precisas quedan subordinadas a la ley, y en aquellos aspectos que no puedan ser resueltos por ella, justificadamente, se las entrega al reglamento para perfeccionar la regulación y que sea posible su eficacia. Aquí el reglamento tiene un espacio mayor.
- d. Reservas legales negativas. Ellas constituyen claramente prohibiciones; ello implica que al legislador se le limita explícitamente para atribuirse competencias en la materia que precisa la Constitución, v. gr. “la ley no podrá establecer diferencias arbitrarias”. El reglamento tiene en este tipo de reservas la misma restricción que la ley que ejecuta; por lo mismo, su grado de intervención es menor.

IX. Conclusiones.

1. Tres recientes fallos dictados en recursos de protección, han puesto de nuevo en el tapete una vieja discusión en nuestra doctrina y jurisprudencia: el rol del reglamento cuando ejecuta una ley.
2. Dicho debate se vio postergado por la discusión sobre la legitimidad de la potestad reglamentaria en la ejecución de los derechos. Aquí surgieron dos posiciones.
Una sostuvo que el reglamento no podía establecer regulaciones cuando hay derechos garantizados por la Constitución. Esa es una tarea que corresponde a la ley de modo exclusivo.
La otra posición sostuvo que reglamento es una técnica de colaboración en la ejecución de la ley. Como la ley en nuestro sistema debe abordar solo las bases esenciales de un ordenamiento jurídico, el reglamento tiene un amplio campo de intervención.
3. Dicho debate se expresó con particular fuerza en el Tribunal Constitucional. La primera posición predominó hasta el año 1996. A partir de ahí, el Tribunal se inclinó por la tesis de la reserva relativa de ley y, en consecuencia, por la legitimidad de la regulación de derechos por normas administrativas.
4. Con la superación de este debate, la discusión sobre los límites del reglamento cuando ejecuta una ley, apareció con toda su fuerza.
5. En este conflicto también se observan dos posiciones. La primera establece que el rol central del reglamento es la ejecución de la ley. Ello implica que le corresponde, por una parte, pormenorizar su contenido normativo, o sea, detallarlo o concretarlo. Por la otra, le corresponde desarrollar o complementar la ley para facilitar su ejecución o su aplicación a los casos concretos. El reglamento ayuda a la ley a especificar su contenido general.
La otra posición establece que el rol del reglamento es una atribución de aplicación, no de complementación. Por lo mismo, el reglamento no puede ni complementar ni completar ni desarrollar la ley bajo pretexto de ejecutarla.
6. Para resolver adecuadamente la frontera del reglamento, la doctrina nacional ha establecido tres criterios: el ámbito se determina en base al criterio del complemento indispensable, al de la razonabilidad técnica o al de la intensidad de la reserva legal.
7. De acuerdo al criterio del complemento indispensable, el reglamento no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar el desarrollo y la ejecución de la ley. Pero debe incluir todo lo que asegure la correcta aplicación y plena efectividad de la ley que desarrolla. Este criterio se sintetiza en la siguiente fórmula: «todo lo indispensable, pero sólo indispensable.».
8. El criterio de la razonabilidad técnica, por su parte, postula que debe existir una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. Si lo excede, incurre en arbitrariedad.

9. Finalmente, de acuerdo al criterio de la intensidad de la reserva, el ámbito del reglamento se determina partiendo de qué espacio entrega la Constitución a la ley en la regulación. Entre más fuerte o absoluta sea la reserva, el dominio del legislador es más intenso y la intervención de la administración más débil. El reglamento interviene en mayor medida en las reservas legales regulatorias.
10. Dichos criterios no son excluyentes. Por lo mismo, pueden utilizarse conjunta o separadamente.
11. Cabe agregar que la postergación de este conflicto por el debate sobre la legitimidad de la potestad reglamentaria, no solo inhibió el desarrollo doctrinal de los criterios conforme a los cuales el reglamento cumplía una función de ejecutor de la ley, sino también los mecanismos de control de dicha función.
12. Como se sabe, bajo el régimen de la Constitución del 25, en que los tribunales ordinarios se declararon incompetentes para conocer de la nulidad de un acto administrativo porque, a su juicio, la Constitución había entregado estos asuntos a los tribunales contenciosos administrativos, que no se crearon, originó la inaplicabilidad tácita de los reglamentos.
13. La inaplicabilidad tácita consiste en la facultad del juez para dejar de aplicar al caso concreto un reglamento por exceder su rol de ejecutor de la ley. En otras palabras, el juez puede prescindir de la norma administrativa al resolver el conflicto sometido a su conocimiento, si el reglamento excede o contraviene a la ley que ejecuta.
14. Sin embargo, dicho instrumento, ideado ante la ausencia de un contencioso administrativo anulatorio, debe ser revisado a la luz de la nulidad de derecho público que nuestra Constitución establece.
La inaplicabilidad tácita supone un control difuso de la legalidad del reglamento. Cualquier tribunal, en cualquier procedimiento, puede prescindir del reglamento legal.
La nulidad de derecho público, en cambio, postula que es necesario demandar en juicio de lato conocimiento dicha declaración. Es decir, el asunto controvertido debe ser el vicio que se imputa.
15. Las tres sentencias que se comentaron entran de lleno a ambos problemas. Es decir, no se cuestiona la legitimidad del reglamento para regular derechos. Se analiza, en cambio, por una parte, si el reglamento efectivamente ejecutó la ley o si la excedió o contravino. Por la otra, si el juez tiene o no potestades para desaplicar el reglamento, una vez constatado el exceso o la contravención.
16. Con seguridad la doctrina y la jurisprudencia comenzarán a emigrar hacia este nuevo problema y a buscar los criterios de solución. Lo que se ha escrito y resuelto, servirá para dar luces en este nuevo estadio de la cuestión.