

COMENTARIO:

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
¿JUEZ CONSTITUCIONAL DE LA ALTA ADMINISTRACIÓN O
JUEZ ADMINISTRATIVO DE LA CONSTITUCIONALIDAD?

Aristóteles Cortés Sepúlveda

Abogado, D.E.A. (magíster) en Derecho Público
Candidato a Doctor Universidad Aix-Marseille III (Francia)

El primero de febrero del 2003 fue publicado en el Diario Oficial el D.S. N° 1/2003 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo modificatorio de los incisos primero y segundo del art. 2.4.3 de la ordenanza general de urbanismo. Por medio del mismo se incorporaban nuevos parámetros para la exigencia de estudios de impacto sobre transporte urbano para el desarrollo de proyectos de urbanización tanto residenciales como no residenciales. El 28 de febrero, un grupo de 12 senadores (7 U.D.I., 1 R.N. y 4 independientes) presentan ante el Tribunal Constitucional un requerimiento destinado a atacar el decreto supremo invocando la vía abierta por el N° 5 del art.82 de la Constitución. Los requirentes sostienen que el decreto es inconstitucional en cuanto establece restricciones a las libertades y derechos constitucionales establecidos en los numerales 2, 21, 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución. Se sostiene que realizar este tipo de restricciones es materia reservada a la ley, de modo que el decreto invade competencias legislativas en circunstancias que el Presidente de la República no se encuentra constitucionalmente habilitado para ello. Se alega, además, que el decreto vulnera el art. 88 de la Constitución al establecer que los estudios de impacto se realizarán según la metodología y procedimiento que establezca el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones mediante resolución exenta del trámite de toma de razón, exención que solo cabe estable-

La reserva legal específica dispuesta por el artículo 19 N° 24 inc. 2° de la Constitución en materia de propiedad exige al legislador la elaboración de una normativa suficientemente desarrollada que reduzca la discrecionalidad administrativa a límites constitucionalmente permitidos en vista del principio de seguridad jurídica. Una ley que solo contiene habilitaciones amplias enunciadas en terminos vagos, no cumple con los requisitos esenciales de determinación y especificidad exigidos por la Constitución para hacer pertinente y posible el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución y debe considerarse como inexistente o insuficiente. En consecuencia, el Presidente de la República no se encuentra jurídicamente habilitado para concretizar dicha normativa en uso de sus facultades ejecutivas.

EXTRACTOS DE LA SENTENCIA:

13°) ...esta Magistratura... vela por el respeto de los valores esenciales, todos reconocidos en nuestra Constitución, como son los concernientes al Estado de Derecho, la separación de órganos y funciones estatales, la certeza o seguridad jurídica y la supremacía de la Carta fundamental...

31°) Que establecer, crear o instituir una obligación que afecte al dominio presupone, lógi-

ca e ineludiblemente, que el legislador no se limite a ello sino que, además, la configure en sus aspectos y elementos definitorios o característicos...;

32°) Que cumplir, entera y satisfactoriamente con el mandato constitucional trazado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo, significa que el legislador debe precaver hasta los indicios de una deslegalización constitucionalmente prohibida, evitando incurrir, por ende, en meros enunciados normativos, en disposiciones abiertas, en suma, en normas carentes de la determinación y especificidad que... son requisitos esenciales para que la potestad reglamentaria de ejecución se halle legítimamente habilitada;

33°) Que fluye de los considerandos precedentes que la potestad reglamentaria de ejecución no puede, sin vulnerar la Constitución, crear las obligaciones que pesan sobre el ejercicio del derecho de propiedad,Instituir o establecer una de tales obligaciones e insertarla en el estatuto jurídico que le es inherente, constituye una misión que la Carta Fundamental reserva, con énfasis o vigor especial e ineludible, al legislador en sentido estricto;

34°) ... Respetando los criterios de generalidad, abstracción, igualdad, caracter innovador y cualidad básica que singularizan a la ley en el sistema jurídico, al legislador le corres-

cer por vía legal. Sin entrar a pronunciarse sobre este último punto, el Tribunal Constitucional declara, en fallo de 9 de abril, que el decreto supremo impugnado es inconstitucional por carecer de base legal suficiente que habilite al Presidente de la República para hacer uso de su potestad reglamentaria de ejecución. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal argumenta que el legislador ha incurrido en falta en la materia en cuestión al haber incumplido la obligación de desarrollo legislativo suficiente impuesta por la reserva legal, habiéndose creado, de paso, una situación normativa que se encuentra a la base de dos reparos de constitucionalidad: Por un lado, ella permite que la potestad reglamentaria invada competencias legislativas, lo que contraría la reserva legal dispuesta por la Constitución; por otro, la ausencia de normativa legal produce un aumento de la discrecionalidad administrativa con el consiguiente desmedro del principio de certeza o seguridad jurídica.

Dos aspectos de este fallo merecen un comentario especial. Ellos se refieren al objeto del control y a las normas de referencia invocadas

I. Uno de los aspectos que más llama la atención en el fallo que se comenta es el centro de atención en torno al cual gira el examen de constitucionalidad operado por el Tribunal Constitucional. Esto porque desde el fallo "programas de viviendas progresivas" [rol N° 116], -primero que se pronuncia sobre la constitucionalidad de un decreto- nuestro Alto Tribunal había venido efectuando un control de constitucionalidad centrado en el decreto cuestionado con absoluta prescindencia de la ley que era ejecutada (ver: "anuncios en caminos públicos I" [rol N° 146], "plan regulador La Serena-Coquimbo" [rol N° 153], "anuncios en caminos públicos II" [rol N° 167], "acceso a playas públicas" [rol 245-246]). La ley no era considerada para resolver la cuestión, y si se llegaba a tomar en cuenta, lo era para sostener la constitucionalidad del decreto, que se veía atribuir, por el solo hecho de gozar de un sustento legal, una inmunidad resultante de una supuesta incompetencia del Tribunal para pronunciar-

ponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se imponen al dominio con motivo de la función social que ha de servir;

35°) *...la Constitución requiere del legislador, en su art. 19 N° 24 inciso segundo, armonizado con el numeral 26° del mismo artículo, que configure un ordenamiento con densidad normativa suficiente, tanto sustantiva como formalmente entendida, de manera que no pueda después el proyecto o la ley respectiva, ser objeto de una habilitación excesiva a favor de la potestad reglamentaria de ejecución o, más grave aún, a raíz de tratarse de una deslegalización, siempre contraria a la Carta Fundamental por hallarse prohibida;*

36°) *...resulta constitucionalmente insostenible que... se llegue a situaciones en que ya no se trata de ejecutar, llevar a la práctica o implementar, en concreto, los preceptos legales porque estos son reales enunciados en blanco, sin la especificidad que exige el Código Político. Esto, además, suscita*

el reparo constitucional consistente en aumentar la discrecionalidad administrativa en la misma medida que se afecta en su esencia el valor de la certeza o seguridad jurídica;

...

40°) *Que la legislación referida contiene disposiciones generales y enunciados muy amplios, en los cuales se confiere competencia a los órganos administrativos correspondientes, pero que, en ligamen con la reserva legal, precisa y vigorizada en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de la Constitución, para establecer las obligaciones del dominio que derivan de la función social, deben ser calificadas de inexistentes o, al menos, de insuficientes. Por lo anterior ha de concluirse que el decreto supremo N° 1, en estudio, carece de la habilitación legal necesaria para su dictación, razón por la cual esta Magistratura debe declararlo inconstitucional;*

...

Y VISTOS, lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 19 N°s 24 inciso segundo y 26, 32 N° 8, 60 N° 14, 61 inciso segundo, 62 inciso cuarto N° 2 y 82 N° 5, de la Constitución...

se sobre la constitucionalidad de la ley (ver fallos “Sociedad benefactora y educacional dignidad” [rol N° 124], “tarifas de peajes” [rol N° 183], “cesión gratuita de terrenos” [rol N° 253]). Esos eran tiempos oscuros, en que el Tribunal renegaba de su estatuto de “juez constitucional” para limitarse a aquel más modesto de “juez administrativo”. Juez administrativo, por lo demás, bien singular puesto que se declaraba incompetente ya para realizar un control de legalidad (FTC, rol N° 253, cons. 15), ya para verificar la adecuación del acto al fin querido por la Constitución y las leyes (“restricción vehicular a catalíticos”, rol N° 325, cons. 37 y 38). Escapaba al Tribunal no solo su alta dignidad sino, además, el rol principal que le tocaba jugar en la estructuración y fijación de las competencias normativas de los supremos órganos estatales. El fallo de 9 de abril parece marcar una evolución respecto del comportamiento anterior. En efecto, como surge con relativa claridad de su lectura, el Tribunal centra su argumentación en la extensión y significado de la reserva legal prevista en la Constitución, para concluir que las normas legales invocadas por el decreto en cuestión no cumplían con las exigencias de la misma, siendo insuficientes. De ello se derivaría la inconstitucionalidad del decreto supremo por carecer de base legal. ¿Debe concluirse que el Tribunal ha reivindicado su competencia para controlar la constitucionalidad de la ley? A primera vista pareciera que sí, y en ese sentido es más bien claro el tenor del considerando cuadragésimo del fallo en comento cuando señala que las disposiciones legales invocadas por el decreto como fundamento jurídico para su edición “deben ser calificadas de inexistentes o, al menos, de insuficientes”. El problema es que dicha constatación pierde gran parte de su significado al no traducirse en una “declaración de inconstitucionalidad” de las normas legales concernidas. De esta forma, el fallo puede ser objeto de una doble interpretación. Una lectura “constitucionalista” (o liberal o progresista) lleva a ver en este fallo una reivindicación, a lo menos germinal, por parte del Tribunal de la atribución de controlar la constitucionalidad de la ley, en lo que sería una evolución –inacabada– hacia la asunción plena del rol de “juez constitucional” que la Constitución le ha reconocido. Por el contrario, una lectura “administrativista” (o conservadora o retrógrada) lleva a entender que el Tribunal no ha cambiado en lo sustancial su postura anterior y continúa interpretando que el art. 82 N° 5 restringe su competencia al control de constitucionalidad del solo decreto impugnado, limitando su rol al de un juez administrativo. En el primer caso –lectura constitucionalista–,

habría que sostener que en el fallo que se comenta el Tribunal Constitucional ha operado, en lo sustantivo, un control de constitucionalidad de la ley, tras el cual, y previa constatación de la inconstitucionalidad, ha podido declararse la del decreto supremo impugnado. Ello abriría la puerta para que en el futuro, el Alto Tribunal complete su obra y se reconozca, siguiendo el ejemplo de su similar austriaco, la facultad de declarar y de sancionar la inconstitucionalidad de la ley en base a la cual se ejecuta el decreto supremo. Ello no solo sería coherente, sino que además *harto deseable*, toda vez que la declaración de inconstitucionalidad del solo decreto si bien elimina el síntoma no cura el mal. En el segundo caso –lectura *administrativista*– habría que avanzar que todo el discurso sostenido por el Tribunal respecto de las insuficiencias y vicios de la ley no tenían por objeto controlar la misma sino solamente hacer evidente el “error de derecho” en que incurrió el Presidente de la República al dictar el decreto impugnado en la falsa creencia de que se encontraba jurídicamente habilitado para ello. Toda la argumentación realizada en torno a los vicios de la ley solo habrían tenido un fin explicativo y no demostrativo, y bien pudo omitirse.

Hay que reconocer, en todo caso, que la segunda interpretación parece algo forzada en consideración del texto y estructura del fallo rol N° 370. Sin embargo, debe mantenerse como posible mientras nuestro Tribunal Constitucional no se decida a declarar la inconstitucionalidad de la ley que sustenta el decreto. En cuanto a la primera interpretación ella aparece como más acorde con la línea del fallo y resulta reforzada en consideración de las normas de referencia invocadas por el Tribunal.

II. Como en gran parte de los casos en que se ha impugnado un decreto supremo por la vía del art. 82 N° 5 de la Constitución, el principal argumento avanzado por los requirentes fue que el mismo invadía competencias legislativas. En concreto se argumentaba que el decreto supremo 1/2003 del MINVIU desconocía la reserva legal establecida por los arts. 19 N° 24 y 26 en relación con los arts. 32 N° 8 y 60 de la Constitución. Esta pretensión puede parecer, a primera vista, curiosa. Esto porque, según la concepción tradicional, la reserva legal se expresa como una delimitación de competencias “en horizontal”, que vendría a entregar ciertas materias en forma exclusiva al legislador, excluyéndolas de la posibilidad de regulación por la potestad reglamentaria. En esta concepción, la reserva actúa principalmente –sino únicamente– respecto de la potestad reglamentaria “autónoma” del Presidente de la República, la sola, en principio, susceptible de desconocerla, dado su carácter originario y principal. La potestad reglamentaria de ejecución, en cambio, al estar condicionada por la existencia de una ley previa y restringida a su concretización no parece, en principio, susceptible de afectarla. En este sentido podría decirse que la potestad de ejecución se encuentra limitada por su propia naturaleza subordinada y accesorio, que hace difícil, si no teóricamente imposible, una usurpación de las competencias legislativas. Esta concepción, que no ha escapado a nuestro Tribunal en anteriores ocasiones (ver: “tarifas de peajes” [rol N° 183], y sobre todo “cesión gratuita de terrenos” [rol N° 253]), se ve desvirtuada, o al menos sensiblemente modificada en el presente fallo. En efecto, a la reserva “material”, el Tribunal agrega una reserva “de contenido mínimo”. Esta última, operaría una delimitación de competencias normativas “en vertical” respecto de la potestad de ejecución del Presidente de la República, y exigiría que la ley, dentro de las materias que le han sido encomendadas, cumpla con una cierta densidad normativa, reglando “con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige” (cons. 34).. De esta forma, el Tribunal Constitucional vuelve útil y operatorio el principio de reserva legal respecto de la potestad de ejecución, introduciendo de paso un nuevo principio: el de certeza o seguridad jurídica.

Respecto de los principios invocados por el Tribunal cabe llamar la atención respecto de la afirmación del rango constitucional que se realiza al respecto. Esto porque si bien es cierto que el principio de reserva legal se encuentra bien consagrado en disposiciones diversas de la Constitución, ello es menos evidente en el caso de la certeza o seguridad jurídica y el Tribunal no contribuye a echar luz al respecto. Solo se limita a señalar que se trata de un valor esencial reconocido por la Constitución (cons. 13°) sin indicar la disposición constitucional

en la cual yace dicho principio. Para suplir dicha omisión podría considerarse que el mismo está contenido en el enunciado principal del art. 19 en cuanto señala que la Constitución “asegura” a todas las personas los derechos y libertades que luego se enuncian. O tal vez más específicamente en el numeral 26 del mismo artículo (que garantiza “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías ...etc.”). Por el momento, y hasta nuevo aviso, habría que ver en el mismo una simple creación jurisprudencial. En el mismo sentido, llama la atención la referencia que el Tribunal hace en su considerando 36 al “reparo constitucional consistente en aumentar la discrecionalidad administrativa”. No queda claro si con ello el Tribunal hace referencia a algún supuesto principio de “interdicción de la discrecionalidad administrativa” independiente o bien el mismo deriva, ya del principio de la reserva legal, ya del de seguridad jurídica. La cuestión queda planteada y por el momento sin resolver.

Al contrario, lo que parece claro, es que los mencionados principios constitucionales son invocados para controlar la normativa legal y en ese sentido, la lectura constitucionalista del fallo resulta vigorizada. No obstante, no debe perderse de vista que en definitiva lo que sanciona el Tribunal es la inconstitucionalidad del decreto impugnado por carecer de la habilitación legal necesaria para su dictación (cons. 40) y no por tomarse en base de una ley inconstitucional. Esto tiene importancia, porque viene a evidenciar el deseo de evitar una sanción indirecta o accesoria del decreto. En este orden llama la atención la fórmula utilizada para declarar la inconstitucionalidad “por falta de habilitación legal”. Ello porque el fundamento jurídico de la potestad ejecutiva no tiene su origen en la ley sino que emana directamente del art. 32 N° 8 de la Constitución. La existencia de la ley es solo una condición para su ejercicio y la inconstitucionalidad de la misma más que privar de habilitación jurídica al Ejecutivo, hace inoperante e inútil el ejercicio de la potestad ejecutiva. De aquí que surja la duda consistente en saber si con esa fórmula no habrá querido evidenciarse el error de derecho en que incurrió el Ejecutivo al interpretar que era la ley la que le atribuía una habilitación, que, en definitiva, la Constitución le negaba. En esta hipótesis, cabe preguntarse si la inclusión en los “vistos” de los artículos 6 y 7 de la Constitución, no habrán tenido, justamente, como objeto el realizar una referencia implícita al “error de derecho” en que incurrió el Presidente de la República al calificar su habilitación para dictar el decreto impugnado.

Como se puede apreciar, este fallo plantea más preguntas que respuestas. Es de esperar que en futuros fallos se aclaren las dudas evidenciadas y se afirme una posición clara respecto del rol que Tribunal entiende jugar en uso de la potestad que le señala el artículo 82 N° 5 de la Constitución. ¿Es el Tribunal Constitucional el juez administrativo de la constitucionalidad o el juez constitucional de la alta administración? Esa es la cuestión.