



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO



Control constitucional de los decretos supremos.

Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Tesis presentada para optar al título de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público.

Autor: Felipe Escobar Espinoza

Profesor patrocinante: Christian Viera Álvarez

JULIO 2021

Contenido

Introducción	5
1. Control Constitucional	8
1.1 Antecedentes	8
1.2 Orígenes del Control Constitucional en Chile.....	16
1.2.1 Control de constitucionalidad por órganos políticos	20
1.2.2 Control de Constitucionalidad por órganos administrativos	21
1.2.3 Control de Constitucionalidad por órganos jurisdiccionales.....	22
2. Decretos Supremos, Decretos Supremos Reglamentarios y su Control Constitucional.....	24
2.1 Antecedentes	24
2.2 Decretos Supremos.....	24
2.3 Control Constitucional del artículo 93 N°16.....	27
2.4 Sobre la constitucionalidad en los decretos supremos	34
2.4.1. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Periodo 2010-2020	35
3. Sobre el criterio del Tribunal Constitucional al controlar los decretos supremos.....	43
3.1 El control constitucional vía reserva de ley.....	45
3.2 Sobre la falta de uniformidad en el ejercicio del control.....	47

Tabla de Abreviaturas

CPR: Constitución Política de la República

TC: Tribunal Constitucional

LOCTC: Ley Orgánica Constitucional de Tribunal Constitucional

DL: Decreto Ley

DFL: Decreto con Fuerza de Ley

CPP: Código Procesal Penal

Resumen

La presente tesis aborda el estudio del control constitucional de los decretos supremos, enmarcados en la normativa constitucional del artículo 93 N° 16 de la Constitución Política, con objeto de determinar la existencia de uniformidad en el ejercicio de la potestad.

Palabras clave: control de constitucionalidad; decretos supremos; control jurídico

Introducción

Todo Estado democrático moderno que se precisa como tal, sugiere su firme sujeción a Derecho. De acuerdo con tal premisa, se ha estructurado una red compleja de potestades y competencias en el ámbito público que descansan en un cuerpo normativo de diversas jerarquías. En este sentido, tanto las normas como determinados actos deben primeramente dar cumplimiento a lo establecido por la Carta Fundamental. No obstante, para asegurar el fiel cumplimiento de cada una de las potestades conferidas, es necesario un instrumento de control.

En la realidad actual chilena, con un régimen político de carácter presidencialista muy acentuado, cobra gran relevancia el estudio de estas limitaciones o contrapesos en el poder, específicamente los que dicen relación y atañen al Presidente de la República. Precisamente en ese contexto, el Tribunal Constitucional chileno con objeto de asegurar la supremacía constitucional, adquiere el rol importante de controlador en diversas materias, una particularmente interesante es la revisión de los decretos supremos.

Circunscrito en este ámbito, la presente investigación estudia el fenómeno del control constitucional, particularmente el ejercido por el Tribunal Constitucional a los decretos supremos en los últimos años.

Las razones que motivaron la decisión en la elección de este tema son principalmente tres que se agrupan en ámbitos personales, como jurídicos y políticos. En el primer ámbito, tempranamente he visto mi carrera profesional transitar gradualmente en ámbitos del Derecho Público, desde el ejercicio profesional en litigios relacionados a derechos fundamentales, a desenvolverme actualmente en el ejercicio de la función pública. En esta última labor inmersa en la Biblioteca del Congreso Nacional he tenido la oportunidad de hacer seguimiento a la tramitación de una multiplicidad de mensajes y mociones presentados, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, y con esto, conocer directamente la relevancia de la discusión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley como de reformas constitucionales. En ese contexto de estudio nace mi curiosidad sobre el tratamiento de constitucionalidad de otras normas jurídicas, aquellas originadas lejos del Parlamento,

provenientes del Presidente de la República. Estrechamente ligadas a mis razones personales de investigación se encuentran las jurídicas, las cuales se circunscriben a determinar como el propio Tribunal Constitucional en el ejercicio de su potestad ha interpretado los alcances de su propio control relativo a los decretos supremos. Para dicho fin es interesante estudiar como la Magistratura, ha actuado en los últimos años y como ha cumplido su función al resguardar la constitucionalidad. Finalmente, políticamente, a mi parecer desde hace varios años se hace necesaria la revisión de las actuaciones de distintos órganos públicos. Lo cual se refuerza con los hechos surgidos durante el 18 de octubre de 2019, la posterior publicación de la Ley 21.200 -que sentó las bases para inicio de un procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la Republica- y el plebiscito nacional -que con una gran mayoría decidió aprobar el inicio de un proceso constituyente de la mano de una Convención Constitucional-, que es necesario el pensar y repensar el: “¿Cómo se constituye la Republica?”, y en ese sentido es menester estudiar cómo se ha ejercido cada potestad entregada a cada organismo del Estado.

De esta manera, la presente investigación se define en el estudio de la uniformidad del Tribunal Constitucional, sobre su competencia en la función de control de constitucionalidad de los decretos supremos, enmarcada en el artículo 93 N°16 de la Constitución Política de la Republica. En ese marco, este estudio contempla como principal hipótesis demostrar la falta de uniformidad del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su potestad a través de la contrastación de los diversos procesos en sede constitucional sometidos a su conocimiento. Queda de manifiesto, que es un tema amplio, y por tanto se realizará un estudio más acotado de las sentencias dictadas en la última década.

Por de pronto el objetivo de la presente investigación es indagar y verificar la existencia o inexistencia de un estándar de control de los decretos supremos en sede de Justicia Constitucional. A su vez a medida del transcurso del estudio se buscará desarrollar y sistematizar los tipos de control constitucional, desde un punto de partida histórico para dar luego con el ámbito jurídico. De esta forma finalmente estudiar y plantear un análisis crítico desde el ámbito jurídico de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional chileno en materia de decretos supremos en conformidad al artículo 93 N°16 de la Constitución Política de la República.

Para lograr los fines de este estudio, la presente tesis ocupa una metodología de carácter cualitativa, a través de la revisión de revistas de Derecho Público, publicaciones tanto de Derecho Público, Constitucional, Político como Administrativo. A su vez publicaciones en diarios electrónicos, insumos de Historia de la Ley elaborados por la Biblioteca del Congreso Nacional y los procesos de inconstitucionalidad de decretos supremos puestos a disposición en la página web del Tribunal Constitucional. Para focalizar la búsqueda, se seleccionaron documentos que abordaron la temática de Derecho Público, en específico materias sobre supremacía constitucional, teoría del control constitucional, y decretos supremos.

La presente investigación cuenta de tres capítulos, los cuales a su vez se dividen en determinados apartados. El primer capítulo se denomina “Control Constitucional” y estudia la teoría de control constitucional tanto en sus antecedentes históricos, jurídicos como políticos. Este a su vez se divide en tres apartados que versan sobre sus antecedentes históricos a nivel internacional, la recepción y orígenes del control constitucional en Chile, este último finalmente se divide en 3 respecto del control ejercido por órganos políticos, administrativos como órganos jurisdiccionales. El segundo capítulo se denomina “Decretos Supremos, Decretos Supremos Reglamentarios y su Control Constitucional”, se divide 4 apartados que se estructuran en sus antecedentes, decretos supremos –en su sentido propiamente tal-, el control constitucional del artículo 93 N°16 y uno sobre la constitucionalidad en los decretos supremos -que contempla en sí mismo un subapartado de análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante el periodo 2010 a 2020-. Finalmente, el tercer capítulo y final llamado “Sobre el criterio del Tribunal Constitucional al controlar los decretos supremos” que estudia y analiza la concreción del control, se divide en 2 apartados denominados “El control constitucional vía reserva de ley” y “Sobre la falta de uniformidad en el ejercicio del control”.

Consecuencialmente en los términos ya expuestos, el presente texto busca ser una contribución en la reflexión, difusión y desarrollo de un determinado ámbito de la justicia constitucional y el Derecho Público, que, por sus características, como se expondrá más adelante constituye un elemento clave en la composición de un constitucionalismo moderno.

1. Control Constitucional

1.1 Antecedentes

La remisión al estudio de la Justicia Constitucional importa resaltar diversos fenómenos acaecidos en torno a él. En palabras de Juan Colombo Campbell en primer lugar importa el proceso de globalización y como este ha influido en América en la adecuación de sus sistemas judiciales. En segundo lugar, como las constituciones políticas modernas han consagrado eficaces sistemas normativos. En este contexto la Jurisdicción toma relevancia en su resguardo, para asegurar el Estado de Derecho. Finalmente, en tercer lugar, el proceso de expansión de la Jurisdicción para proteger la Supremacía Constitucional principalmente originado por la confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de Constitución y conservar el principio de separación de poderes (2003: p. 259-260).

Es precisamente de acuerdo con las premisas planteadas se aborda el Principio de Supremacía Constitucional, que como se enunciará más adelante, constituye un elemento esencial en el estudio de cualquier tipo de control de constitucionalidad, ya que, este último tiene por objeto hacerla efectiva. Conceptualmente el “control” consta de la actividad de comprobar, inspeccionar, fiscalizar e intervenir. Lo que por consecuencia significa, *prima facie*, entender la Constitución como una norma de mayor jerarquía que ostenta un privilegio de regir con preferencia a una norma de inferior categoría.

Para describir la relevancia de una norma jurídica que, a diferencia de otras, modela el ordenamiento jurídico, es menester señalar ámbitos relevantes. Según Angela Vivanco y José Ignacio Martínez, en este principio está implícita una consecuencia de una reacción antiabsolutista destinada a impedir que el monarca se transforme *legibus Solutus* (1997: p. 66). Del Rosario Rodríguez en una visión más asimilable a la contemporaneidad entiende que la Constitución viene a sustituir la soberanía plenipotenciaria del monarca que actuaba ilimitadamente, sometiéndose solo a su voluntad. Con la vigencia de la Constitución como ley suprema, los actos de todo poder político dentro del Estado tienen que sujetarse a los contenidos y límites previstos por ella, teniendo como fin último, garantizar la libertad de los individuos (2011: p. 52-55).

El primer efecto de lo descrito según Angela Vivanco y José Ignacio Martínez es la incidencia lograda por la Constitución al establecerse por sobre el poder y el Derecho, por lo que sus preceptos priman sobre el derecho producido por el poder (leyes y reglamentos). Así, la Constitución pasa a ocupar el lugar más importante en el sistema de Fuentes del Derecho positivo. Por tal motivo el Derecho infraconstitucional debe ajustarse a ella. Pero esto no es más que un resultado de la supremacía de la Constitución, y no debe confundirse con la supremacía misma (1997: p. 67). Luego para afianzar esta característica el constitucionalismo europeo continental lo asegura a través de elementos como la rigidez constitucional y la radicación del control constitucional en órganos jurisdiccionales.

Los orígenes del control constitucional se remiten de manera diversa a la vertiente de *judicial review* o en el modelo europeo occidental también conocido como austriaco kelseniano. Los autores, en general, admiten varias vertientes.

En la primera vertiente, siguiendo a Eduardo García de Enterría, se destaca la obra judicial del juez inglés Sir Edward Coke en la decisión de 1610 *The Collegue of Physicians vs. Dr. Thomas Bonham* o conocido como *Bonham Case*, caso en que se establece una jerarquía del *Common Law* por sobre una ley emanada del Parlamento Inglés (1985: p. 52-55).

Asimismo, se recurre al caso norteamericano *Marbury vs. Madison* en el cual diversos autores lo contemplan como el gran caso que afirma la existencia de la supremacía constitucional (Cea Egaña, 2002: p. 1; Colombo, 2003: p. 261), el cual precisa en el mismo fallo una jerarquía entre normas: “Los poderes legislativos son definidos y limitados; y para que esos límites no puedan confundirse u olvidarse, la Constitución es una constitución escrita. ¿Con qué finalidad se limitarían los poderes y con qué propósito se habrían puesto esas limitaciones por escrito si esos límites pudieran, en cualquiera ocasión, ser sobrepasados por las personas mismas a quienes la Constitución intenta constreñir? Es demasiado claro para que se pueda discutir que: o la Constitución está por encima de cualquiera norma legislativa que no está de acuerdo con ella, o el legislativo puede modificar la Constitución por una ley ordinaria. Entre esas dos alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema y no puede ser alterada por los medios ordinarios, o está al mismo nivel que las disposiciones legislativas ordinarias, y, como ellas, puede ser modificada cuando al legislativo le plazca alterarla. Si lo primero es verdadero, un acto legislativo

contrario a la Constitución no es ley. Si lo segundo, entonces las constituciones escritas son absurdas tentativas de parte del pueblo para limitar ese poder que es ilimitado por naturaleza” (*Madison v/s Marbury Case, 1803: 5 US 137,178*).

En la vertiente europea occidental los antecedentes se remiten a la ruptura del paradigma de la soberanía del legislador y supremacía de la ley. Esto precisamente se produce en 1920 y reafirmado en 1929 con la incorporación en la Constitución de Austria del control de regularidad de la ley (artículo 89). Fuertemente influenciado por Hans Kelsen, este control dista del *judicial review* en dos elementos esenciales según José Luis Cea, el primero al radicar la potestad de revisión a una magistratura especial, y el segundo elemento es la característica de la magistratura especial de actuar como legislador negativo, es decir, eliminando del ordenamiento jurídico los preceptos considerados inconstitucionales. (2002: p. 1-2).

Hasta los sucesos desencadenados luego de la Segunda Guerra Mundial no existía un Estado Constitucional de Derecho afianzado con una clara jerarquía normativa. Luego de este proceso se planteó como uno de los elementos de garantía del Estado de Derecho. Este tránsito de un ordenamiento jurídico que se objetiva en normas y procedimientos, que son lógicamente distinguibles sin efectuar valoración de ningún tipo, hacia uno que comprende una realidad social más bien compleja de la noción misma del conocimiento jurídico que presenta diversos ámbitos en una constante tensión. Esta característica significó para la doctrina entender la Constitución como una norma jurídica vinculante, que se vincula con los derechos fundamentales, contiene una garantía jurisdiccional, que es susceptible de ser aplicada directamente y que impone un modelo de interpretación (Aguiló Regla, 2007: p. 666-675).

Aunado lo expuesto, es necesario añadir que la supremacía constitucional, independiente de la vertiente que se siga, requiere necesariamente un proceso que la asegure. Es así, como en términos de Manuel Quinche, en un sentido procesal, el control de constitucionalidad es el mecanismo que lo resguarda. Este autor lo define como el conjunto de instituciones y procedimientos destinados a hacer efectiva la supremacía de la Constitución, a realizar su carácter normativo (2003: p. 22).

Este control según Aragón constituye un vehículo limitador del poder, que considera todas las formas e instrumentos que posee el sistema político y jurídico para supervisar el ejercicio de los poderes públicos. Asimismo, subsume el autor este mecanismo como elemento clave en la constitución del Estado de derecho democrático y social, en función del rol social que manifiesta, una corriente recíproca de socialización del Estado y estatalización de la sociedad que requiere en mayores medidas que tiempos pasados (período anterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial), la efectividad de limitaciones y control (1995: p. 69-102).

Parece pues, en un gran sentido, que la democracia depende en gran medida de su autocontrol, ya que el pluralismo político y organizacional se garantiza en su eficacia a través de la multiplicidad de reguladores. Esta labor que busca perseguir los valores políticos, económicos y funcionales de una sociedad desarrollada es la que finalmente hace distinguir un real Estado Social de uno Policial o *Polizeistaat* (García Pelayo, 1977: p. 51).

Es por ello, un mecanismo de control cobra relevancia, ya que, en gran medida desde un punto de vista normativo, la eficacia propiamente tal de una Constitución dependerá de su realización. En función de estos propósitos se ha enriquecido a nivel teórico y jurisprudencial, con el fin de dotarlo de unidad. El surgimiento de Tribunales Constitucionales, aplicación de la constitución por jueces, los controles de constitucionalidad de las leyes, de reglamentos y otros actos de poder público, de particulares entre otras figuras contribuirán a este objeto (Aragón, 1995: p. 102).

Pues bien, al revisar nuestra contrastación normativa es importante estudiar cómo entender la Constitución. La discusión radica en la cuestión fundamental de la teoría constitucional de control. Para cierta parte de la doctrina la Constitución se entenderá como un sistema “abierto” o un “sistema material de valores”, el cual comparte la visión común del carácter teleológico de la norma constitucional, que se concibe en la realización de uno o más principios que dotan la estructura constitucional. Por otra parte, tendremos a quienes no comparten esta postura. Cabe distinguir no nos estamos remitiendo a la interpretación constitucional, como mecanismo, si no a la visión propia del texto constitucional. Aragón ejemplifica esta realidad, atendiendo a que casi la totalidad de la doctrina constitucional sustenta una carta fundamental orientada a garantizar la libertad (sea por valores, principios,

consensos entre otros), salvo Forsthoff, que estructura una ordenación fundamental desligada de cualquier referencia finalista (Aragón, 1995: p. 102-105).

Otro fenómeno interesante de la teoría constitucional de control es la heterogeneidad de medios o de instrumentos de control. Ya sea desde su objeto: normas jurídicas, actos del gobierno y de la Administración, del Poder Legislativo y Judicial, como conductas y comportamientos entre otros. O desde quienes son los llamados a controlar: Tribunales, cámaras parlamentarias, comisiones, órganos de fiscalización, opinión o inspección, opinión pública, cuerpo electoral etc. No se puede homogeneizar el control debido a los factores reunidos al momento de contrastar.

En función de los términos planteados es interesante plantear categorización de los controles empleados. Siguiendo a Manuel Aragón debemos partir de la distinción conceptual entre limitación y control, ya que el Estado Constitucional se caracteriza en ser una compleja red de limitaciones que le dan singularidad a la forma política. Pero para que exista un poder limitado, este debe ser controlado, de tal manera este último asegura al primero. En cuanto a los límites, se distinguen además en los institucionalizados y no institucionalizados. Los últimos no institucionalizados corresponden a aquellos controles generales y difusos, las conocidas “garantías sociales” que se desarrollan a través de la opinión pública o por medios no públicos de presión (Jellinek, 1970: p. 592-593). En tanto, los controles institucionalizados se clasifican en “políticos” y “jurídicos”, los primeros se distinguen por su carácter subjetivo y de ejercicio voluntario, en cambio en el segundo es su carácter objetivado, es decir fundado jurídicamente (Aragón, 1995: p. 129-131).

De lo ya expuesto, se puede evidenciar que en la existencia de un Estado democrático hay una pluralidad de llamados a su resguardo. Sin embargo, existe una gran particularidad en encargar a la Jurisdicción esta tarea. En este sentido, Bartolomé Clavero plantea en un sentido histórico-jurídico que la concentración de poder en el Ejecutivo como Legislativo con exclusión de la judicial merma la eficacia de instituciones como la Declaración de los Derechos del Hombre (1993: p. 20-21). Precisamente consecuencia de lo planteado, Vivanco sostiene la necesidad preeminente del rol del juez en torno a controlar la supremacía constitucional. Señala que, gracias a aquello, se sostiene la sujeción del poder al Derecho, en

razón que al fallar se vela que las normas positivas aplicables se ajusten al texto constitucional, a la equidad y los principios jurídicos (1993: p. 68).

El hecho de reconocer a un juez, a través de un control que restrinja el ejercicio de poder público ha significado diversas controversias en la doctrina sobre la tensión del Estado Constitucional de Derecho con los derechos fundamentales y la deliberación pública. Para nuestros efectos entendemos la tensión inmersa en un sistema democrático moderno con las características mínimas que Bobbio utiliza para la conceptualización de Democracia (2009: p. 460).

Por una parte, la consagración de derechos fundamentales dotados de acciones para su protección y garantizados por la Constitución, significan un quiebre de los cimientos de la teoría clásica del Imperio de la Ley en un ordenamiento jurídico (Aguiló Regla, 2007: p. 666). Esto provoca que la ley como norma producto de un proceso de deliberación democrática, se encontrará constreñida a un catálogo de derechos de rango superior.

Por otra, la tensión con la deliberación democrática del Estado Constitucional significa una limitación sustantiva al ejercicio político de deliberación pública dado por este cambio de estructura. Es precisamente cuando la regla de mayoría queda supeditada a la conformidad de una norma jurídica superior, genera una pugna entre el ejercicio del control de constitucionalidad con la Política, es su carácter de dimensión creadora de norma jurídicas legitimadas por representantes de la mayoría. Esta realidad radica en que, como sostiene Mora, el constitucionalismo contemporáneo contempla una inspiración en la protección de derechos humanos, en la búsqueda de una convivencia pacífica y pluralista en función de prevalecer las exigencias sustanciales de la justicia por encima de las formalidades legales, en el respeto por la diversidad, la inclusión y participación social de los diferentes grupos sociales, incluidas las minorías, y en hacer efectivo un orden social justo (Mora, 2009: p. 50).

En palabras de Bordalí, la justicia constitucional se convierte en algo incómodo al considerar la Constitución como una norma jurídica vinculante para todos los poderes y jueces del Estado. Agrega que la complicación radica en que todos son llamados a defender la Constitución. Ejemplifica como en diversos países con jueces que controlan la supremacía constitucional, se producen quejas, cada vez que una corte constitucional anula una ley. El autor añade que, al defender la Constitución, lo que en realidad que está generando es la

creación de norma, como también sucede en los jueces ordinarios, pero con una menor intensidad (2008: p. 43).

A esto se suman problemas teóricos derivados de esta tensión. Para Carl Schmitt, la decisión de crear cortes constitucionales importa radicar en la justicia un problema que es esencialmente político. (1928: p. 146). Esta situación genera que los conflictos constitucionales sean dudosos e inciertos, debido a la imperfección o vaguedad de la Constitución. En este sentido, los problemas derivados de una judicatura constitucional son la necesidad controlar, la existencia de una judicatura especial para estos fines, la naturaleza jurídica del control y su composición (Carlos Herrera, 1994: p. 217).

Actualmente en la teoría constitucional contemporánea, hay un tema que siempre ha estado en boga y este es la objeción democrática al control de constitucionalidad que ejercen los jueces respecto de las leyes. Sus defensores se oponen al control de constitucionalidad ejercido por los jueces, por considerarlo una institución antidemocrática, considerando la legitimidad con la que cuenta el legislativo al ser un órgano directamente elegido por el pueblo. Busch desarrollando la crítica contramayoritaria a la jurisdicción constitucional, agrupa la doctrina de la teoría constitucional contemporánea en tres grupos (2018: p. 28).

El primer grupo, que niega la objeción democrática, que con la teoría de la democracia "sustantiva" o "enriquecida", para las cuales el ideal democrático no ofrece razones para criticar el control de constitucionalidad de la ley puesto que cuando los jueces anulan leyes que son lesivas de los derechos fundamentales están, en realidad, preservando la democracia. A su vez se radica en este grupo a quienes sostienen la teoría originalista norteamericana y el dualismo democrático de Bruce Ackerman (1991: p. 15-26).

En el segundo grupo lo componen teorías que, afirmando la objeción democrática, sostienen que el control jurisdiccional de constitucionalidad se justifica dado que mejora la calidad del proceso democrático. Lo componen autores como John Hart Ely (1980), Juan Carlos Bayon (2003: p. 211-238) y Alfonso Ruiz Miguel (2004: p. 51-84).

En el tercero se consigna las teorías que afirman la objeción democrática sin aceptar la justicia constitucional. Ran Hirschl, en este acápite, sostiene que la justicia constitucional es un sistema diseñado para la preservación de intereses particulares de la élite, y no, como se

ha caracterizado mayoritariamente, una expresión de la devoción de una sociedad y su clase política hacia la democracia y los derechos humanos (2004).

En este contexto encontramos a Jeremy Waldron quien sustenta su crítica al modelo de control, debido a la deficiencia de la legitimidad democrática para restringir al órgano legislativo, quien posee legitimidad. Para este autor, adherir a una corte constitucional interpretativa con las deficiencias propias de la democracia, equivaldría a legitimar una monarquía o una Cámara de los Lores (2005: p. 13-48).

En Chile la doctrina mayoritariamente acepta el sistema de control¹, salvo los trabajos de Atria, que sostienen junto a la falta de legitimidad de la Judicatura, los problemas que conlleva decidir sobre casos difíciles y/o los denominados por H. Hart de textura abierta, los problemas subyacentes de falta de independencia y por tanto la predictibilidad de sus decisiones.

En síntesis, se han expuesto los factores que ubican al control constitucional como una institución clave en el constitucionalismo moderno. Desde su devenir histórico hasta como se desarrolla en la actualidad, encontramos elementos de relevancia como su estrecha vinculación a principios como la supremacía constitucional.

Además, es menester destacar que esta potestad de controlar lo previsto por la Constitución, puede recaer una pluralidad de órganos del Estado, donde el jurisdiccional es el llamado por la doctrina en general, a proteger la Constitución. Este planteamiento no se encontrará exento de críticas, y como se verá más adelante, significará una tensión en el proceso democrático.

¹ Vivanco 1997, 68; Cea Egaña; Colombo Cambell

1.2 Orígenes del Control Constitucional en Chile

El control de constitucionalidad propiamente tal no se configura en Chile hasta la Constitución de 1925. Antes de la fecha indicada se estructuraba el país en un sistema de Estado Legislativo de Derecho, que como lo señala Ferrajoli lo compone “la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido «puesta» por una autoridad dotada de competencia normativa.” (2003: p. 31). Corolario de lo expresado, la Constitución de 1818, en el Título III, Capítulo III, que en sus artículos 1º, 2º y 3º establecen en el Senado la potestad vigilar la observancia de la Constitución, regulando responsabilidades en caso de infracción, cabe agregar que establece como sujeto infractor a un cuerpo o ciudadano. De estas precisas normas se infiere el tratamiento de la norma constitucional como cualquier norma sin poseer un rango superior. Sin distinguir una diversa categoría las Constituciones de 1822 y 1823 no establecen jerarquía normativa alguna. En la Constitución de 1828 solo se presenta una potestad de resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de sus artículos. Posteriormente en este sentido la Constitución de 1833, en su artículo 164 preveía ante una duda en la inteligencia o comprensión de sus normas, lo resolviera el Congreso de acuerdo con las reglas propias del proceso de formación de ley.

La primera consagración del control de constitucionalidad como ya había sido señalado anteriormente se produce en la Constitución de 1925, la cual, concretamente en su artículo 86, inciso 2º, estableció “La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.”.

De este artículo podemos desprender lo siguiente:

-La norma descrita establece un control constitucional, consagrándose la supremacía constitucional por cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

-Se trata de una acción que solo puede conocer la Corte Suprema, es decir se concentra la facultad de control del Poder Judicial. Puede conocer de este recurso en los casos particulares que conozca o le fueren sometidos a su conocimiento.

- Es de carácter represivo, es decir, se configura con una norma legal válidamente creada, que es contraria a la norma suprallegal.

- Es de carácter abstracto, en el entendido de un conflicto meramente normativo.

- Es de carácter particular, ya que se circunscribe en un proceso pendiente.

- No se establecía un control constitucional formal de la norma ni uno de carácter preventivo.

No conforme con este tipo de control, luego en 1970 con la reforma constitucional iniciada por mensaje presidencial durante el periodo del Presidente Eduardo Frei Montalva, la Ley N° 17.284, contempla un cambio de la institucionalidad en lo concerniente a la relación de los poderes del Estado y su control. Esta normativa crea y radica en un órgano del Estado la potestad de velar por la supremacía constitucional, dirimir en la interpretación de la Constitución y en general efectuar mecanismos de control constitucional. Muy influenciado este organismo por el derecho comparado², el Tribunal Constitucional nace en Chile en función de lograr la solución de los conflictos que surjan entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo o entre las ramas de éste, en relación con la constitucionalidad, de fondo o de forma, de un proyecto durante la etapa del proceso de formación de la ley o para controlar actos del Ejecutivo con objeto del resguardo de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico (Historia de la Ley N°17.284: p. 66).

Con esta reforma se radicará en el Tribunal Constitucional las potestades de ejercer control de constitucionalidad tanto de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y las interpretativas; resolver cuestiones de constitucionalidad a petición de parte durante la tramitación de proyectos de ley, reformas constitucionales y tratados internacionales; controlar actos del Ejecutivo, como son los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, y los

² Alemania Federal, República Democrática Alemana, Francia, Italia, entre otros.

decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República cuando se refieran a materias de ley, entre otras atribuciones.

Atendida la pluralidad de potestades entregadas a la justicia constitucional es menester distinguir lo siguiente:

-Se promueve por primera vez en el ordenamiento jurídico el control preventivo de constitucionalidad. Cabe mencionar que este tipo de control más el nuevo inciso final del artículo 53, incorporado en esta reforma, significo el termino de las conocidas “leyes misceláneas” al no admitirse observaciones a los proyectos de ley que no tengan relación directa con las ideas matrices y fundamentales del proyecto. A modo de anécdota esta incorporación a la reforma fue señalada en la discusión en Cámara como un impedimento de la labor parlamentaria (Historia de la Ley N°17.284: p. 223).

-Se amplía el control de constitucionalidad en su carácter represivo a actos emanados del Ejecutivo, como son los decretos con fuerza de ley en su carácter de colegislador. Luego en otros actos se establecen controles muy delimitados, como los decretos supremos que particularmente el control previsto se subsume en la sobre limitación del presidente de la Republica en el ejercicio de la potestad reglamentaria en materias de ley. Con características similares ocurre en los casos de decretos promulgatorios no efectuados o se promulgue texto diverso.

- Se concentran divergencias de constitucionalidad de carácter abstracto en el Tribunal Constitucional, manteniendo la Corte Suprema el control concreto en litigios pendientes.

Con la entrada en vigor de la Constitución Política de la Republica de 1980, se reconfigura la composición orgánica del Tribunal Constitucional y se establece un catálogo de potestades que serán la base de las que se ejercen actualmente.

Estas potestades radican principalmente en el control obligatorio de leyes orgánicas e interpretativas constitucionales antes de su promulgación; el control a petición de parte de proyectos de ley, reformas a la Constitución y tratados sometidos a la aprobación del Congreso; el control de actos emanados del poder ejecutivo como los decretos con fuerza de ley, los decretos o resoluciones del Presidente de la República que la Contraloría los represente como inconstitucionales y decretos supremos dictados en el ejercicio de la

potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley; el control constitucional de convocatorias a plebiscito, partidos políticos, entre otras atribuciones.

Cabe señalar que esto significó un diseño institucional que implicó que, por más de 25 años, la mayoría de sus ministros provenían de la judicatura o tenían estrechos vínculos profesionales con la Corte Suprema. Solo hasta su reforma del año 2005, el Tribunal Constitucional, mantendrá potestades de control preventivo y abstracto. En el caso de los decretos con fuerza de ley y decretos supremos podrán ser revisados cumpliendo con un mínimo de un cuarto de las Cámaras en ejercicio (Pardow Lorenzo, Diego G, & Verdugo Ramírez, Sergio, 2015: p. 123-144).

Esta conformación durante su vigencia no se encontró exenta de críticas, ya que se cuestionaba la existencia de un sistema dual de control, manteniendo el control concreto la Corte Suprema y el abstracto el Tribunal Constitucional. Tomando en consideración las críticas planteadas la reforma de 2005 concentró en el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad a nivel jurisdiccional. Junto con ello, la reforma también modificó orgánicamente el Tribunal Constitucional, el procedimiento de selección y los tiempos de duración en el cargo de ministro. Una primera consecuencia de la reforma fue la supresión de nombramientos ligados al mundo militar. La Corte Suprema, en tanto, mantuvo su poder para nombrar tres ministros, pero al convertirse en una posición de tiempo completo, ellos ya no podrían ser parte de la propia Corte Suprema. Esto, a su vez, fomentó que el nombramiento de jueces con un perfil más académico viniera a reemplazar a los jueces de carrera. Finalmente, se incrementaron los nombramientos de origen político, entregándole al Presidente de la República la facultad para designar tres ministros, y al Congreso la facultad de designar otros cuatro (dos por parte el Senado, y dos por la Cámara de Diputados con ratificación del Senado). En definitiva, el número total de jueces aumentó de 7 a 10, estableciendo que la duración del cargo sería de nueve años no renovables (Pardow Lorenzo, Diego G, & Verdugo Ramírez, Sergio, 2015: p. 123-144).

En definitiva, la construcción de un modelo de control constitucional en Chile nace particularmente desde la reforma constitucional de 1970, en función de equilibrar el ejercicio del poder. Este modelo consistió principalmente en una vigilancia de un órgano jurisdiccional

al Poder Legislativo como Ejecutivo, en el entendido de reajuste de potestades. Cabe mencionar que este fenómeno histórico-político será la base de nuestra regulación actual, ya que se replicará en parecidos términos en la Constitución de 1980 y sus reformas.

El paso del tiempo sin duda ha significado un desafío en este ámbito de la Justicia Constitucional, los controles sociales, políticos y jurídicos constituyen un nuevo reajuste en el Constitucionalismo Moderno.

Actual Control de Constitucionalidad en Chile

La Constitución Política de la República vigente posee particularidades en determinar quién es el órgano llamado a controlar la Supremacía Constitucional. Gómez Bernales replica en este sentido la específica modalidad de jurisdicción constitucional que se contempla en Chile contribuye o tiende, más bien, a debilitar el forjamiento de una genuina práctica constitucional tuteladora de los derechos y resolutoria de conflictos constitucionales. Esto se debe a que principalmente a que la experiencia constitucional comparada ha demostrado que los sistemas tienden a evolucionar hacia jurisdicciones que unifican la interpretación constitucional, concentran el debate público constitucional de manera provechosa para el sistema, esto es, son un verdadero punto de imputación jurídica, la jurisdicción constitucional chilena, tiende, exactamente, al punto inverso (1998: p. 270).

El control constitucional en Chile normativamente se divide en un plano político, administrativo y judicial. En estos términos significa cada uno de estos órganos ejerce su propio control, siendo de carácter estricto la misma función. Ferrada al respecto sostiene que radicar la potestad de ejercer el control constitucional en diversos órganos ha generado sobre un mismo acto, diversas valoraciones y soluciones diametralmente opuestas que responden a la perspectiva de cada institución (2004: p. 115).

1.2.1 Control de constitucionalidad por órganos políticos

El control desde lo político le es encomendado regularmente a quienes poseen potestades fiscalización o a su defecto en un plano de supremacía o jerarquía respecto del controlado (Aragón, 1995: p. 186). En nuestro ordenamiento jurídico el control político es ejercido por órganos nacionales, regionales y locales dentro de su esfera de competencias. De este modo

se desarrollará desde el “Presidente de la República y sus colaboradores y agentes directos e inmediatos del más alto nivel –ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores– en relación a las políticas, planes y programas que desarrollan los órganos administrativos nacionales y la Cámara de Diputados y el Senado respecto de aquéllos; los consejos regionales en relación a la actividad del intendente como órgano ejecutivo del gobierno regional; y los concejos comunales, en relación a la labor del alcalde y de las unidades y servicios administrativos dependientes de éste” (Ferrada, 2000: p. 601-607).

Particularmente el control constitucional ejercido por órganos políticos es ejercido únicamente por el Senado (artículo 53 CPR) previa acción ejercida por la Cámara de Diputados (artículo 52 N°2 CPR). En síntesis, se construye un modelo de control donde una Cámara del Parlamento, realiza una actividad de comprobación de vulneración a la Constitución respecto de determinadas autoridades que ostentan los cargos más altos de la república. Objeto de este control son el Presidente de la República por infringido abiertamente la Constitución, ministros de estado, delegados presidenciales regionales, delegados presidenciales provinciales y de la autoridad que ejerza el Gobierno en los territorios especiales.

1.2.2 Control de Constitucionalidad por órganos administrativos

En el marco del resguardo constitucional de la legalidad de los actos de la Administración; la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos del fisco, de las municipalidades y de los demás organismos servicios que determinen las leyes; el examen y juzgamiento de las cuentas de las personas que tengan a cargo bienes de esas entidades; y llevar la contabilidad de la nación, la Contraloría General de la República desarrolla a nivel administrativo el control constitucional, de acuerdo al artículo 98 de la Constitución Política de la República.

Como de denotará el Contralor posee la potestad de representar decretos y resoluciones, tanto por ilegalidad o inconstitucionalidad.

Es específicamente con la toma de razón, que se verifica un examen preventivo de juridicidad del decreto o resolución, que consiste en el contraste de la declaración de la voluntad que en él se contiene con el ordenamiento jurídico vigente. En este mecanismo a pesar de la literalidad de la norma, considera un examen de legalidad en sentido amplio, que implica

tanto el nivel legal como constitucional. A su vez este considera la sujeción formal del acto administrativo a las normas de superior jerarquía como la revisión sustantiva de la declaración de la Administración del Estado, de tal manera que los mandatos sustantivos del decreto o resolución examinados sean acordes a la Constitución -respetando categoría iusfundamentales, el patrimonio público, las normas de funcionamiento y el general el Estado de Derecho (Pallavici Magnére, 2010: p. 112).

1.2.3 Control de Constitucionalidad por órganos jurisdiccionales

Cabe mencionar que junto a los mecanismos señalados la justicia constitucional chilena también contempla en diversos órganos el control jurisdiccional, pese a la existencia de un órgano con exclusiva competencia en ese sentido (Ferrada, 2004: p. 113-137). Dentro de los diversos mecanismos en la jurisdicción para controlar la constitucionalidad, se encuentran varios, aunque a *ictu oculi* se podría pensar que este control es único del Tribunal Constitucional. Desde luego, esto no es así ya que hay varios otros. En efecto, el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus potestades establecidas en la Carta Fundamental, ejerce controles relevantes en diversos ámbitos con distintas finalidades: controles preventivos (93 N°1, N°3 CPR) controles represivos (93 N°6, N°7 CPR) controles al Ejecutivo (93 N°9, N°16 CPR) entre otras potestades.

Sin embargo, en el otro grupo nuestra regulación establece que otros organismos sean llamados en determinados procedimientos a controlar la constitucionalidad. De esta manera encontramos las acciones de protección de derechos fundamentales conocidas por Corte de Apelaciones y Corte Suprema (20, 21 CPR, 372 b) CPR); control de detención en marco de la comparecencia judicial (132 CPP) tutela de derechos fundamentales (artículo 485 Código del Trabajo). Ferrada en este sentido sostiene que además se deberían incluir todos los tribunales de justicia en el sentido de la aplicación directa del principio de Supremacía Constitucional (2004).

En lo relativo al Tribunal Constitucional es determinante destacar la amplitud de la contrastación normativa que ejerce, ya sea de manera preventiva o represiva; de carácter facultativo u obligatorio; implicando diversas jerarquías de normas controladas; materializando revisiones tanto de fondo como forma, lo convierte en uno o el principal

garante de la Constitución. Esto significa concretamente el revestimiento de un órgano encargado de revisar; los proyectos de leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de manera obligatoria, como también de manera facultativa a otros proyectos de ley, reformas y tratados internacionales (93 N°1 y N°3 CPR); controlar actos emanados derivados de la facultad económica de tribunales, como son los autos acordados (93 N°2 CPR); actos emanados del poder Ejecutivo (93 N°4 N°9 N°16 CPR); controlar de manera represiva normas legales, como las aplicaciones de sí misma en litigios (93 N°5 N°6); declarar inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, (93 N°10 CPR) resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso (93 N°8 CPR); entre otras potestades como informar casos de inhabilidad o dimisión del presidente de la república, resolver contiendas de competencia, resolver inhabilidades de ministros de estado, pronunciarse por inhabilidades, incompatibilidades, causales de cesación en el cargo de los parlamentarios y calificar renuncia de parlamentarios (93 N°11; N°12; N°13; N°14; N°15; CPR).

2. Decretos Supremos, Decretos Supremos Reglamentarios y su Control Constitucional

2.1 Antecedentes

El estudio del control constitucional inmerso en el artículo 93 N°16 de la Constitución Política de República, implica realizar un estudio previo al rol de los decretos supremos y la potestad reglamentaria como normas, y por consecuencia su ubicación en sistema de fuentes. Esta precisión se funda, como se enunciará más adelante, en lograr entender su naturaleza para luego disponer un determinado grado de urbanización dogmática que nos permita realizar el estudio del control constitucional de estas normas.

La necesidad del estudio como se señala por la doctrina se debe a la masa de normas de normas que existen en un nivel inferior al legal. Son las normas emanadas en sistema complejo que constituye la Administración del Estado, de carácter atomizado que es difícil de poder encasillar en categorías tradicionales. En primer lugar, habrá que destacar dentro de la multiplicidad de normas en cuestión (circulares, instructivos, decretos supremos, resoluciones, programas, planes, ordenanzas, etc.), cual es específicamente la norma controlada por el artículo 93 N°16 y posteriormente determinar su control.

2.2 Decretos Supremos

Al estudiar el control constitucional de los decretos supremos, obliga la revisión de este cuerpo normativo de carácter particular. En este sentido conforme al tenor literal del artículo 93 N°16, se puede estructurar en 2 partes, esto atendido los distintos contenidos que pueden albergar ambos ámbitos del mismo acto. La primera en cuanto al decreto supremo propiamente tal y la segunda en relación del decreto supremo dictado en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El decreto supremo propiamente tal, se encuentra inserto en la institución jurídica del acto administrativo. Así se desprende del artículo 3° de la ley 19.880. Doctrinariamente esta institución es definida como “la resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el

ejercicio de poder público para un caso concreto” (Maurer Hartmut, 1999: p. 179). Consecuencia de lo señalado, siguiendo a Bermúdez se puede concluir que:

-No integran este concepto las actuaciones de la Administración del Estado que solo certifican, interpretan, informan constatan, etc.

-Es únicamente una expresión o manifestación de voluntad de la Administración, se excluye la manifestación de voluntad como elemento del acto administrativo.

-Es unilateral, de tal manera que nos propicia distinguirlo de otras instrucciones como el contrato administrativo.

-Es relevante la calidad de quien emite el acto, atiende que dentro de la Administración hay autoridades que tienen poderes especiales para determinadas actuaciones.

-El acto administrativo tiene por objeto resolver casos concretos, lo que los separa de actuaciones diversas como las de carácter normativo, que regulan un número indeterminado de casos (2011: p. 108-109).

Como se mencionó el decreto supremo se circunscribe en el ordenamiento jurídico nacional en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, específicamente en su artículo 3°, el cual define el acto administrativo. Este dispone que se entiende por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Asimismo, y conforme a la norma se señala que “los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia.”.

Por otra parte, nos encontramos como objeto de control el decreto supremo en el ejercicio de la Potestad Reglamentaria. Como se mencionó anteriormente la estudiamos de forma apartada en el entendido que la Administración del Estado bajo la misma nomenclatura puede dictar un acto administrativo de carácter particular como por otra parte un reglamento. Ya Bermúdez advierte esta confusión de actuaciones genera un problema, ya que es de suma importancia en cuanto a su control. Como también en otros ámbitos donde la aplicación de

ambas puede incurrir a la vulneración del principio de inderogabilidad singular del reglamento. En relación con esta distinción del acto administrativo, se debe principalmente tanto a la generalidad del reglamento como la innovación normativa. La generalidad se deriva de la afectación de esta norma, sea a la totalidad de los individuos o a un grupo de ellos, en tanto la innovación normativa dice relación que el reglamento introduce normas en ordenamiento jurídico innovándolo con una tendencia a permanecer (2011: p. 50).

La potestad reglamentaria controlada por el Tribunal Constitucional a la que aludimos es la ejercida por el Presidente de la Republica, esta ha sido definida como “un concepto genérico que alude al poder de dictar normas por parte de las autoridades administrativas investidas por el ordenamiento jurídico, particularmente por la Constitución Política de la Republica., facultad que ha de ser ejercida en sus ámbitos de competencia.” (Cordero, 2009: p. 416).

El reglamento de acuerdo con el artículo 32 de la Constitución Política de la Republica, dispone que las atribuciones especiales del Presidente de la Republica son ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente la ejecución de las leyes. Por tanto, en este sentido podemos diferenciar en 2 grupos la potestad aludida, por un ámbito en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónomo y por el otro la potestad reglamentaria de ejecución. Estudiar ambos tipos será relevante en tanto a la vinculación de la norma reglamentaria con la ley, y esta a su vez con la Constitución.

En la potestad reglamentaria autónoma, se contemplan las normas de carácter independientes o autónomas que son dictadas por la Administración del Estado en materias no reguladas por ley y sin autorización ni remisión por parte de aquellas. Sus antecedentes se remiten a la “constante pugna del ejercicio de la potestad normativa entre la ley y el reglamento”, la cual postula Cordero se desarrolla en el incremento de esta última no vinculada al desarrollo de ninguna ley previa, donde su ejercicio no se somete a una autorización previa (2009: p. 424).

En relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, nos encontramos ante una norma que como nos sugiere Cordero no puede contravenir la ley, ni su dominio material, quedando constreñida al detalle y desarrollo de la norma legal (2009: p. 424). En el mismo sentido Pierry sostiene que “la función del reglamento es facilitar la aplicación de las leyes sin añadir derechos, ni imponer cargas; regula aspectos de detalle, no pudiendo agregar

requisitos; por ejemplo: si se dicta una ley que crea un impuesto del 5% sobre la renta a pagarse en abril de cada año, el Presidente deberá dictar los decretos que fuere menester para la recaudación de impuestos, pero no podría aumentar ni disminuir la tasa; no podría ampliar su plazo si la ley dice que se paga en abril; no podría incluir en el pago bienes exentos del mismo conforme a ley, etc. En suma, debe guardar estricta concordancia con la ley, detallando la aplicación práctica de ello. Esto es lo que puede hacer el Presidente de la República cuando reglamenta estas leyes que no señalan que el Presidente debe dictar un reglamento” (1991: p. 82).

Otro elemento importante en el ejercicio de los decretos supremos es su extensión normativa, ya nuestra Constitución establece ciertos límites en el sentido de no abarcar la esfera de la norma legal. Postula Bermúdez que los límites del reglamento se dividen en formales y sustanciales. Los límites formales dicen relación con la Competencia, procedimiento administrativo y jerarquía normativa, esto quiere decir que para dictar el acto reglamentario se necesitara contar con la potestad reglamentaria; acatando el procedimiento de elaboración establecido; y siempre respetando la normativa superior. Luego respecto de los límites sustanciales, en relación con la materia como; el impedimento de incidir en materia de ley; no abarcar materias que, no siendo propias de ley, hayan sido reguladas por ley, mientras dicha norma no sea derogada expresamente; y no innovar en la regulación legal que se ejecuta (Bermúdez, 2011: p. 56).

De esta manera atendido los elementos descritos anteriormente, se ha estudiado la ubicación del decreto supremo en el ordenamiento jurídico. A su vez hemos distinguido su estudio en función de su control constitucional, ya sea, el decreto supremo en el rol de acto administrativo como en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Ya cabe señalar la gran distinción de pertenecer al bloque de legalidad (Reglamentos), que someterse a él (Acto administrativo).

2.3 Control Constitucional del artículo 93 N°16

La Constitución Política de la República le confiere la potestad al Tribunal Constitucional de “Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad

reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.”.

En cuanto a sus antecedentes se remiten tanto a la Constitución de 1925, como a la versión original de la Constitución de 1980. Precisamente el antecedente más remoto es el que nace en la carta fundamental de 1925 que en su reforma constitucional de 1970, el artículo 78 establecía un control específico en los decretos, en los casos que se reclamase cuando el Presidente no promulgara una ley cuando deba hacerlo, o promulgara un texto diverso del que constitucionalmente corresponda. En relación con la versión original del texto fundamental de 1980, este establecía al igual que su texto predecesor un control respecto de los decretos promulgatorios cuando estos no se promulgarán o se promulgarán con un texto diverso al que correspondiera. Asimismo, se controlaba la constitucionalidad de los decretos supremos en el ejercicio de la potestad reglamentaria, cuando estos se referían a materias reservadas al rango legal.

Respecto a la historia fidedigna de su establecimiento, la presente norma nace de la reforma constitucional del 2005, con objeto de “perfeccionar algunas de las principales instituciones políticas, adecuándolas a las exigencias de un nuevo tiempo político, pero sobre la base de preservar un valor fundamental que ha incorporado la actual Constitución a nuestro régimen democrático, como lo es el adecuado equilibrio de los poderes públicos” (Historia de la Ley 20.050). La génesis de la norma se produce con su introducción en la Cámara de Diputados, sin perjuicio que los efectos del control se introdujeran en trámite de Veto Presidencial.

En lo relativo al ejercicio de esta potestad, como se expuso anteriormente, es necesario retomar consideraciones relativas a la determinación de la categoría de las normas administrativas. Esto quiere decir distinguir la forma que adopta el acto y lo sustancial del mismo. Clara alusión a este fenómeno se produce entre los decretos supremos y las resoluciones, si bien nos encontramos ante la expresión de determinada autoridad en la esfera de sus atribuciones, estas pueden tener con la misma denominación contenidos de diversa naturaleza. Ya sea una resolución o un decreto supremo podrán contener nombramiento de funcionarios, aplicación de medidas disciplinarias, autorización de gastos, otorgamiento de beneficios económicos, etc. (Cordero, 2010: p. 21-50). Esta distinción cobra importancia al

momento de controlar, ya que no será estrictamente necesario atender solamente a la nomenclatura de nuestra norma estudiada, sino a otras consideraciones dogmáticas.

Precisamente el estatuto de decreto supremo en el ordenamiento jurídico cobra relevancia en su estudio. Ya que la interpretación constitucional sobre el alcance normativo de estas normas ha sido diversa. De acuerdo con Cordero, existen dos variantes en el estudio de esta norma: la tradicional de características procedimentales y la nueva tendencia que atiende a elementos sustantivos (2010: p. 21-50).

La teoría tradicional enmarca el estudio del decreto supremo en su sentido formal. Ya bien, el artículo 35 de la Constitución Política de la República, dispone que los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el ministro respectivo y no serán obedecidos con este requisito. Luego el inciso 2° establece que los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República. La concepción doctrinal entendía que los decretos supremos tienen como condición esencial la firma del Presidente de la República y del ministro o ministros respectivos, pero con la posibilidad de expedirlos con la sola firma de ministro de estado en caso de delegación de firma. Esta fue la posición del Tribunal Constitucional desde 1993, que buscaba reafirmar la distinción de los requisitos de forma de los decretos, reglamentos e instrucciones. De esta manera la presente teoría lograba plena armonía con lo que la ley 19.880 establece en su artículo 3° sobre el concepto de acto administrativo (Cordero, 2010: p. 21-50).

Sin embargo, con el devenir del tiempo cambia esta posición entregándose un carácter más sustancial, a través de la dictación de 2 sentencias principalmente. La primera dice relación a la sentencia 591-06, la cual aprobaba las “Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad”. Esta regulación no siendo nominalmente objeto del control del Tribunal Constitucional, fue conocida por este tribunal en una decisión dentro de su esfera competencial, de recalificar los actos administrativos como una forma de atraerlos a sus facultades. De la misma sentencia se señala “la calificación jurídica de un acto administrativo determinado cuya adecuación a la Carta Fundamental ha sido planteada a esta Magistratura para que ejerza el control supremacía correspondiente es, sin duda, un elemento intrínseco de la competencia que la Carta Fundamental le ha conferido para velar por el imperio, formal

y sustantivo, de sus valores, principios y normas. Sostener la tesis contraria resulta absurdo, desde que presupone excluir del examen constitucional aludido cualquier norma que, sobre la base de la propia nomenclatura utilizada, decida sustraer el propio órgano sometido al control referido -cualquiera sea este, la circunstancia o el motivo invocado- aun cuando dicha norma abarque materias que, precisamente, el Constituyente ha querido someter al control de esta Magistratura”. De lo señalado sin dudas nos encontramos a una posición muy distinta a la formalista, en la cual se atiende a la naturaleza del acto, en el entendido que se cumplan todos los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario. En términos de la magistratura para conocer este asunto se prefirió “la aplicación de la primacía de la realidad por sobre el nominalismo” (Cordero, 2010: p. 21-50).

La segunda sentencia ratifica esta posición que conociendo, sobre la forma de unos oficios y que fueron expedidos con fecha 2 de enero de 2008, aprobando el endeudamiento de la Cuenta de reembolso del Transantiago, se señala lo siguiente: “Que la teoría de la primacía de la realidad por sobre el nominalismo sirvió a esta Magistratura, en la sentencia de fecha 11 de enero de 2007, que citan los requirentes, para considerar que una resolución constituye un decreto supremo de carácter reglamentario, porque, en tal caso, la resolución reunía los elementos configurativos de un acto administrativo de esa índole, es decir, de aquellos que sólo puede dictar el Presidente de la República. Tal como se razonó en el considerando 33° de ese fallo, “ese acto administrativo [el impugnado en aquel caso] contiene un conjunto de normas; cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas; y dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado.” (Cordero, 2010: p. 21-50).

Otro elemento que es menester destacar es sobre la legitimación activa de impugnar un decreto supremo. Nuestra carta fundamental establece que en el caso del N°16 el Tribunal Constitucional solo puede conocerlo a requerimiento de la Cámaras efectuado dentro de los 30 días siguientes a la publicación o notificación de texto a impugnar. Añade que en los casos que no se ejerza la potestad autónoma del Presidente de la Republica el requerimiento podrá ser deducido por una cuarta parte en ejercicio.

En este sentido siguiendo a Dorn, podemos desprender los siguientes elementos del control constitucional de los decretos supremos:

-Este estatuto afecta al principio democrático del respeto de las minorías. El autor señala como regla básica de la democracia en que, si al parecer gobierna la mayoría, para evitar su degradación en tiranía, es necesaria la protección de las minorías. Para lograr lo señalado se establecen estatuto de derechos y libertades fundamentales junto a mecanismos de control. Por consecuencia el presente estatuto afecta a minorías en tanto las excluye del control de los actos de la administración del Estado (2007: p. 11-20).

-La inexplicable limitación a la legitimación activa de la acción de constitucionalidad del reglamento ante el Tribunal Constitucional. Esto se debe al disímil tratamiento del reglamento, ya que sustancialmente se exige más a este, con una legitimación activa restrictiva, que la extensa establecida para la ley. Ya el autor explicita “alguien podría sostener que la razón atendería al hecho que el control de constitucionalidad es abstracto y, por ende, no existirían derechos subjetivos comprometidos por un reglamento; *ergo*, un particular carecería de interés para accionar ante el Tribunal Constitucional. Dicha reflexión se contrapone con el hecho que el numeral 7° del artículo 93 de la CPE establece una acción pública de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable y, en tal caso, el control ejercido por el Tribunal Constitucional es de tipo abstracto.” (Dorn, 2007: p. 11-20).

Ya bien se puede concluir que, en el caso de los decretos supremos tanto los propiamente tales como en el ejercicio de la potestad reglamentaria, el medio idóneo parecería ser el control de nuestro objeto de estudio del 93 N°16 de la Constitución Política de la Republica, quedando en el desamparo una posibilidad de una acción de carácter general de revisión de decretos supremos. A pesar de lo indicado nuestra practica forense no es tan clara como se pudiese esperar.

Una opción atendible sería la impugnación a través de una acción de nulidad de derecho público, que pudiese contrastar los artículos 6 y 7 de la Constitución con el acto emanado por el Presidente de la Republica. Empero, en lo concerniente a esta regulación la Excelentísima Corte Suprema ha señalado: “Segundo: Que aun cuando la llamada acción de nulidad de derecho público deriva de las normas de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, que sólo previenen el deber de adecuación al Derecho, debe entenderse como una acción de carácter general, esto es, inespecífica, hábil para reclamar toda falta de validez

por motivos sustantivos. De lo anterior se sigue que cuando el legislador ha regulado la materia de modo especial, por aplicación del artículo 13 del Código Civil ha de preferirse esta preceptiva porque se trata de una misma situación que dispone de dos leyes que parecen aplicables.”. (Ilustrísima Corte Suprema de Chile, Rol N° 7750-2011).

Otra opción la constituye la acción de protección, la cual por caso de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías recurribles por vía de protección (Artículo 20 de la Constitución Política de la República). Esta opción está enmarcada en la dictación de un decreto supremo, que pudiese subsumirse en las disposiciones constitucionales. Con todo en el entendido que, si bien su objeto no es coincidente en plenitud con el control constitucional estudiado, podría ser una alternativa de acción general de impugnación.

En este ámbito la Corte Suprema ha sido vacilante al establecer su posición. Por un lado se encuentra la causa Rol N° 19309-2016, la que conociendo por la mencionada acción de protección, se atribuía el carácter de ilegal al Decreto Supremo N° 65 de los Ministerios de Salud y Educación, publicado en el Diario Oficial con fecha 13 de agosto de 2015, por medio del cual se modificó el Reglamento de Certificación de las Especialidades de los Prestadores Individuales de Salud y de las Entidades que las Otorgan, contenido en el Decreto Supremo N° 8 de 2013, emanado de los mismos recurridos, incorporando dentro de las especialidades odontológicas primarias y derivadas de “Cirugía Bucal”. En este caso la Tercera Sala señaló lo siguiente: “Tercero: Que siendo esencial para el normal funcionamiento de un estado de derecho, el control de la legalidad de la actividad de la Administración por los tribunales de justicia, control que necesariamente debe abarcar el de los actos de naturaleza reglamentaria, que la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos considera como actos administrativos (artículo 48 letra a); y frente a la inexistencia de un procedimiento contencioso administrativo general que la contemple, ésta necesariamente puede y debe hacerse a través del recurso de protección.”. Por otro lado, la misma Sala, en la Causa Rol 23725-2016, también conociendo por vía de protección, la dictación del Decreto Supremo N° 103 de la Subsecretaría de Pesca, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de fecha 22 de julio de 2015 y publicado en el Diario Oficial el 21 de octubre de 2015, estudió al igual, en el fondo de la acción deducida, la pretensión se dejar sin efecto, de manera total o parcial

un reglamento dictado mediante un decreto supremo. En este sentido se señaló "...la propia Constitución establece un régimen previo de control de legalidad y constitucionalidad de carácter general respecto de los decretos supremos, incluyendo aquellos que establecen Reglamentos, radicado en la Contraloría General de la República, sistema que, en caso de representarse un decreto por inconstitucionalidad, remite también al Tribunal Constitucional como órgano encargado de dirimir la eventual contienda que entre la Contraloría y el Presidente importe tal representación, según lo establece el penúltimo inciso del artículo 99 de la Carta Fundamental.”.

De esta forma hemos visto la regulación que se le confiere al Tribunal Constitucional en el control de los decretos supremos. A su vez como ha sido entendida la potestad por este tribunal, como los desafíos y conflictos que conllevan la legitimación activa de este control constitucional. Elementos que a nuestro juicio son necesarios tenerlos en consideración en el control del sistema de fuentes, para hacer efectiva la supremacía constitucional.

2.4 Sobre la constitucionalidad en los decretos supremos

El ejercicio de la potestad de controlar no ha sido un sector de certezas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Desde ya, particularmente en el caso de los decretos supremos la potestad significa “resolver la constitucionalidad de los decretos supremos”, sin establecer mayores parámetros que los establecidos en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, para declarar su admisibilidad. Este escenario se ha mantenido, hasta su última configuración en la reforma constitucional de 2005, obligando al propio Tribunal a definir qué es lo que se encuentra en la esfera de sus competencias.

El *test* o prueba de constitucionalidad ha cambiado con devenir del tiempo. Ya lo advierte Carmona, que existen dos tesis al momento de controlar, una con prescindencia de la ley que funda el decreto, de contraste directo con la Constitución y otra que implícitamente efectúa un control de constitucionalidad de la ley. La primera teoría, que contrasta directamente la Carta Fundamental con el decreto supremo, viene a significar que el cumplimiento legal no es elemento fundante para excusar una violación a la Constitución. Por el contrario, la segunda teoría se funda en la imposibilidad de hacer una contrastación normativa sin atender a la existencia de una normativa legal al respecto, en estos casos “solo puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un decreto que se aparte de la ley, pues en este caso se rompe la armonía ente ley y decreto” (2010: p. 94).

Siguiendo al último autor, estructura la posición del Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo en diversos lapsos:

-Una primera desde el año 1990 a 1996, que contrasta directamente el decreto con la Constitución.

-Desde el 1997 a 2001, que también considera que revisar la ley podría conllevar a declarar tácitamente inconstitucional una ley.

-Una tercera etapa, en la cual se utilizan 2 *tests* para enjuiciar los decretos supremos. El primer test es la habilitación legal, previa y suficiente, originada en la causa Rol 373-03, presentado por un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en la cual, en el contexto de permitir construir en inmuebles que

no fueran bienes nacionales de uso público, hasta un porcentaje determinado, el Tribunal manifestó la procedencia de “revisar los preceptos legales pertinentes para constatar si contienen o no la fundamentación legal previa y suficiente, que la Constitución exige en relación con el dominio legal”. El segundo test que se utilizó es el de la determinación y la especificidad, el cual de acuerdo a la sentencia de la causa Rol 325-01, estimó que “las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos deben reunir los requisitos de “determinación y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad”.

-La cuarta etapa, que comienza con la Causa Rol 591-06, respecto de la Resolución Exenta N° 584 (Ministerio de Salud), fechada el 1° de septiembre de 2006, la cual aprueba Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, donde a juicio del citado autor se retorna a la contratación directa aun existiendo una ley que faculte la norma impugnada a realizar lo cuestionable. En resumen, la argumentación del Tribunal en este sentido es que no le corresponde pronunciarse en el ámbito legal y puede conocer todo vicio que afecte a un decreto supremo en el ámbito constitucional. (Carmona, 2010: p. 94-99). Por consiguiente, quedan en esta categoría los requerimientos Rol 1035-08 y 1153-08.

2.4.1. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Periodo 2010-2020

Aunado el criterio en que se ha enmarcado el Tribunal Constitucional hasta 2010, cabe mencionar cual ha sido su comportamiento hasta la actualidad. En síntesis, preferentemente al estudiar los reglamentos se da un fenómeno que repercute en la extensión de su competencia. Es lo que menciona Dorn distinguiendo distintos tipos de nivel de análisis al controlar. El primero que aprecia la armonía jurídico-abstracta del contenido normativo del reglamento con la Constitución, en el cual un reglamento que se sujeta al parámetro de la norma legal, también debe llevarlo a cabo respecto al contenido constitucional. El segundo donde la validez del reglamento se sostiene en la constitucionalidad normativa de la normativa legal (2007: p. 13).

Por lo explicado anteriormente, se realizará un recorrido por la totalidad de las sentencias dictadas con posterioridad a las ya señaladas por la doctrina con objeto de analizar cuál ha sido su comportamiento en el resguardo de la supremacía constitucional.

Rol 1849-2010: “Sobre las normas que fijan tecnología digital del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción”, de fecha 5 de noviembre de 2010.

Una materia relevante en la cual se ha debido controlar la constitucionalidad de un decreto supremo, ha sido la presente, donde el objeto procesal fue el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. La presente causa surge del requerimiento de 36 diputados que estimaron que el Decreto Supremo N°264 poseía vicios de inconstitucionalidad. A modo de contextualización, el decreto señalado se enuncia como complementario del Decreto Supremo N°136 (en adelante DS N°136) que fija la tecnología japonesa ISDB-T con el sistema de compresión MPEG-4 como norma técnica oficial que se utilizara en Chile para las transmisiones en tecnología digital del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción. Dicha norma fijó permisos para efectuar transmisiones demostrativas en periodos anuales de exposición pública y abierta, hasta por cinco años, en conformidad del artículo 15 de la Ley General de Telecomunicaciones. El requerimiento sostiene la pretensión que el DS N°136, se aleja de ser un complemento normativo, en el sentido que, habiéndose fijado la norma técnica en materia digital, la nueva normativa incorpora al patrimonio de los actuales concesionarios de radiodifusión televisiva el establecimiento de frecuencias de reemplazo obtenidas indirectamente a través de permisos demostrativos. Los vicios en la constitucionalidad de la norma descrito se sustentan en la vulneración al artículo 19 N°22, N°23, N°12 inciso 5°, en conexión con los artículos 32 N°6 y 63 N°2, todos de la Carta Fundamental.

El tribunal al atender el requerimiento hace un estudio de su competencia en el asunto sobre el marco del desarrollo del control constitucional de los decretos supremos. No obstante, de admitir que su propia competencia corresponde a “cotejar directa e inmediatamente las decisiones contenidas en el decreto impugnado con las normas constitucionales que se estiman vulneradas, para concluir, que tal confrontación, si existe o no algún vicio que ponga

o pueda poner en contradicción este decreto con la Constitución”³, manteniendo el criterio establecido por la doctrina en la última etapa, se añade una interesante extensión en su competencia. Es asimismo como este señala en el contexto la eventual inconstitucionalidad por discriminación arbitraria en materia económica de la aplicación del reglamento, el tribunal expresa: “Que los decretos supremos, en cuanto formalizan actos administrativos de voluntad que deciden para el futuro, pueden ser examinados por esta Magistratura aun respecto a las amenazas ciertas e inminentes que su aplicación exacta pudiere ocasionar para los derechos de las personas o el orden institucional”.

La importancia de este fallo queda patente al resolver el requerimiento, acogiénolo únicamente en cuanto se declara que la frase “renovable hasta por un máximo de 5 años, contados” contenida en el decreto supremo complementario N° 264, del Ministerio de Transportes. Esta frase del artículo primero de la norma citada se refiere al permiso que podía otorgar la subsecretaría de telecomunicaciones para efectuar transmisiones demostrativas del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción. La posición mayoritaria estima una vulneración por regular materias propias de dominio legal, considerando el tribunal llegar a esta conclusión tomando en cuenta que ...“contando la autoridad administrativa con una competencia constitucional y legal indefinida para otorgar los permisos demostrativos de que se trata, al punto que el inciso final del artículo 15 de la Ley N°18.168 no le pone a esta atribución un plazo de duración, resulta incongruente con ello y , por ende, contrario al artículo 32 N°6 de la Constitución”. De esta manera consta por parte del voto mayoritario, una declaración expresa de la constitucionalidad del decreto salvo en lo referente al lapso de renovación de permisos.

Queda patente en esta sentencia un problema de interacción del poder normativo gubernamental y el ejercicio de la potestad legislativa donde se deslumbra una difusa frontera.

Rol 2523-2013: “De la regulación de consulta a pueblos indígenas”, de fecha 11 de septiembre de 2013.

³ Considerando primero de la Sentencia 1849-10 en relación con la Sentencia 231 considerando 8°

La segunda causa que se presenta a continuación pese al haber sido declarada inadmisibles por el tribunal, tiene el mérito de presentar una sistematización de lo que debe ejecutar el órgano a cargo de controlar la constitucionalidad de los decretos supremos.

El requerimiento fue presentado por más de una cuarta parte de la Cámara, el cual indicó que el Decreto Supremo N°40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que regula Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, adolecía de ciertos vicios de constitucionalidad, con relación a regular la consulta a los pueblos indígenas, establecer la reunión con grupos humanos pertenecientes a grupos indígenas y normar permisos sectoriales para la evaluación de impacto ambiental.

En lo concerniente al ámbito de nuestro estudio, es relevante las consideraciones previas que ejecuta el Tribunal para declarar la inadmisibilidad. En este ámbito establece un pronunciamiento relativo a rol competencial de esta Magistratura en los decretos supremos, ya se destaca el Considerando 11°: “Que cuando la Constitución requiere que exista una inconstitucionalidad, está exigiendo varias cosas. Desde luego, está exigiendo que lo que se vulnere sea uno o más preceptos de la Constitución. Es decir que se contradiga, transgreda o infrinja normas constitucionales, no infraconstitucionales. En esta última categoría se encuentran las normas con rango o fuerza de ley y los tratados internacionales. Estos últimos no son aprobados por el poder constituyente; al contrario, están sometidos al control de supremacía constitucional, a través del control preventivo que debe ejercer el Tribunal Constitucional”. Luego en cuanto al contraste el tribunal descarta los vicios de legalidad de plano, de tal forma que solo se suprime la eventual contradicción del precepto reglamentario con la normativa legal.

Es interesante la presente resolución de este requerimiento, más allá de la confusión que presenta en la jerarquía del sistema de fuentes al desconocer los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos como ámbito constitucional, el alejamiento del criterio del anterior control por parte de esta Magistratura, inhibiéndose de conocer de la legalidad a través de una norma constitucional.

Rol 4757-18 : “Visto consular de Turismo a nacionales de Haití”, de fecha 17 de mayo de 2018.

La siguiente causa que data del año 2018, es un requerimiento de inconstitucionalidad sobre el Decreto Supremo N°776, del Ministerio del Interior y Seguridad Publica, que estableció un Visto Consular de Turismo a nacionales de Haití. Dicho reglamento surge de la determinación por parte del Primer Mandatario de frenar el sostenido aumento de ingreso de ciudadanos del mencionado origen al país. El referido decreto señala que dichos migrantes ingresan al país con fines declarados de turismo, pero permanecen más allá de lo estipulado convirtiéndose en una situación irregular migratoria.

En cuanto a los vicios de constitucionalidad sostenidos por los requirentes, el primero es la vulneración al artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, por infringir el principio de juridicidad al no dar resguardo de la racionalidad de las medidas tomadas con un decreto no fundado correctamente. Pareciese en este ámbito, existir una instrumentalización de la presente norma para llevar a cabo un control de legalidad, ya que la infracción más concreta es precisamente el artículo 11 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativos. Pero siguiendo la teoría de los requirentes, la falta de razonabilidad de la normativa impugnada es el no cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley de extranjería, que pueden ser por razones de interés nacional o por motivos de reciprocidad. En la causal de interés nacional se aduce la no comprobación de hechos fidedignos y comprobados en los que el acto se apoya.

En tanto a la segunda vulneración, se infiere por parte de los requirentes una violación a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley al establecer una discriminación arbitraria. En este sector se plantea que “la materialización de una distinción sobre la base de una categoría sospechosa, como lo es la nacionalidad, se provoca una diferenciación entre personas provenientes de diversos países que se encuentran en situaciones similares”. Ya se arguye que ni la conocida prueba de la proporcionalidad del Tribunal Constitucional puede justificar un acto así.

La Magistratura frente a la necesidad de una contrastación normativa lleva a cabo las siguientes conclusiones:

- Ya lo contempla en su considerando 4º, como una práctica reiterada de la Magistratura hacer una somera declaración sobre su competencia al contrastar la Constitución con los decretos supremos. Ya bien, redundante, que de acuerdo con el artículo 111 de la Ley Orgánica Constitucional de Tribunal Constitucional, no puede y por tanto resultaría inadmisibles que la cuestión objeto de la impugnación se base en vicios de ilegalidad. Ampliamente declara que su competencia “corresponde a esta Magistratura cotejar directa e inmediatamente las decisiones contenidas en el decreto impugnado con las normas constitucionales que se estiman vulneradas, para concluir, de tal confrontación”.
- No obstante, a la propia autodelimitación competencial que establece el tribunal al momento de estudiar el presente decreto supremo, este asume en tanto a “una profusa normativa constitucional (artículos 1º, incisos primero y cuarto: 8º, inciso primero: 19, N° 3º, inciso sexto, y 38, inciso primero) así como legal (artículo 55 de la Ley N°18.575 y 11 de la ley 19.880), exige a los actos administrativos basarse en unos motivos de hecho reales y pertinentes, de aquellos que permite invocar la ley que sirve de premisa normativa a la decisión tomada”, que puede revisar la realidad de los hechos, es decir, si han sido o no falseados, si en general se cumplen los factores relevantes establecidos por ley.
- En lo concreto la Magistratura, realiza una contrastación normativa entre la motivación del decreto supremo impugnado con la documentación aportada por el Presidente de la República al formular sus observaciones. De tal modo, que indica la no procedencia de no contar con los motivos fácticos el decreto supremo aludido.

Finalmente, el tribunal frente a la impugnación planteada conviene la licitud del visado en función del cumplimiento con la normativa al respecto. Ya indica de esta manera que, la Ley sobre Extranjeros en Chile como los reglamentos posteriores pueden válidamente regular el ingreso del país del común de los extranjeros, estableciendo de esta manera la nula verificación de un trato distinto con las demás nacionalidades. En consecuencia, la presente causa de inconstitucionalidad nos demuestra un intento por una contrastación directa que se diluye a través del análisis de preceptos legales, el reglamento analizado, ya sea, con una revisión de la normativa legal o los motivos fácticos se malogra la propia intención del tribunal.

Rol 5572-18 y 5650-181 “Sobre la objeción de conciencia institucional”, de fecha 31 de octubre de 2018 y 19 de noviembre de 2018 respectivamente.

Las siguientes causas presentadas a fines del año 2018, tanto por el Senado (5572-18) como por la Cámara de Diputados (5650-18), requieren por inconstitucionalidad respecto del artículo 13, inciso segundo, del Decreto Supremo N°67, del Ministerio de Salud, de fecha 23 de octubre de 2018, que “Aprueba Reglamento para ejercer Objeción de Conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 Ter del Código Sanitario”. En lo concreto el precepto impugnado establece que “Los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N°36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón”.

En relación con la inconstitucionalidad alegada, por una parte, el grupo de senadores manifiestan la vulneración de la autonomía de los cuerpos intermedios y del derecho de asociación; infracción del derecho a la objeción de conciencia institucional en su esencia; la vulneración de la reserva legal; y la infracción del derecho a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, y del principio de igualdad ante la ley. Por la otra parte el grupo de diputados estiman vulneración de la autonomía de los grupos intermedios, infracción al ideario de las personas jurídicas, y la afectación de la protección de la salud y la promoción del bien común. De esta manera en resumen normativamente se acumula la infracción al artículo 1°, incisos tercero, cuarto y quinto; 19° numerales 2°, 6°, 9°, 15° y 26°; 32 N°6, y 63 de la Carta Fundamental.

En lo medular el requerimiento se contextualiza con la sentencia Rol N° 3729, de 28 de agosto de 2017, que conociendo por control previo de constitucionalidad el boletín relativo al proyecto de ley “Que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales” (Hoy en día Ley N°21.030) controló disposiciones relativas a la objeción de conciencia. En dicha instancia se estableció que la aludida institución se encuentra “amparada por la dignidad de las personas que individualmente o proyectada en su asociación con otros- se niegan a practicar la interrupción del embarazo”, y, por tanto, dispuso la inconstitucionalidad de ciertos términos para adecuar su contenido. Luego conforme a dicha

normativa se dictó un reglamento para ejercer la Objeción de Conciencia, cuyo texto fue declarado no ajustado a derecho por dictamen de Contraloría General de la Republica. Debido a esto finalmente, recogiendo las observaciones se dicta el Decreto Supremo N° 67 impugnado que el Tribunal Constitucional conoce.

Es así como, conforme a lo señalado esta Magistratura conoce la reglamentación de la objeción de conciencia. Lejos de realizar una contrastación directa de la Carta fundamental contra el Decreto Supremo impugnado, el voto mayoritario llega a la siguiente conclusión para declarar la inconstitucionalidad:

-La objeción de conciencia institucional, posee el carácter de derecho con fuente constitucional, derivada de la autonomía propia de los grupos intermedios de la sociedad y de la libertad de asociación.

-Al no afectar otro derecho, ni el bien común ni perjuicio alguno, no estaría en la ley imponer requisitos o condiciones que restrinjan el ejercicio, ni menos gravarlo, sancionarlo o reprimirlo.

-Por ende, el Decreto Supremo N°67, del Ministerio de Salud, prohíbe hacer lo que la Constitución permite de acuerdo con el razonamiento del Tribunal.

-Finalmente arguye que la prohibición reglamentaria contenida carece de asidero legal. Tanto el Código Sanitario como el DFL N°36, de Salud de 1980, favorecerían una interpretación pro constitucional y a favor del derecho en cuestión.

En conclusión, el tribunal al conocer estos requerimientos y declarar la inconstitucionalidad del decreto supremo impugnado, es establecer un nuevo criterio no antes declarado. No obstante, de no continuar la declaración propia de ejercer una contrastación normativa directa, esta vez arguye que una institución de carácter legal al poseer una fuente constitucional puede controlar como cualquier otra disposición contenida en la Carta Fundamental. Cabe mencionar lo interesante de esta propuesta, que no surge desde el desarrollo de la categoría iusfundamental de la libertad de asociación o del desarrollo constitucional de la autonomía propia de los grupos intermedios de la sociedad, sino por el contrario, de dotar de constitucionalidad una institución legal.

3. Sobre el criterio del Tribunal Constitucional al controlar los decretos supremos

El apartado que se presenta a continuación realizará un estudio sobre la uniformidad o falta de esta, en la concreción de la contrastación normativa de los decretos supremos. El aludido análisis somete a su estudio desde la visión teórica del control constitucional a los últimos requerimientos radicados en el Tribunal Constitucional.

Desde ya se ha comprendido en el primer apartado de la investigación, que un constitucionalismo moderno más allá de cualquier posición dogmática manifiesta su significancia en la medida que funciona como un instrumento de limitación y control del poder. Aragón ya lo manifestaba de esta manera, al entender el control como un elemento inseparable del término “Constitución”, ya que dota de operatividad al texto fundamental, configurándole normatividad alejándolo de ser un mero programa puramente retorico (1995: p. 81).

En este contexto la normativa aun con la reforma constitucional de 2005 necesitó de un guardián último que en este caso entregue la interpretación definitiva de lo que la Carta Fundamental establece. En torno a lo indicado, el Tribunal Constitucional posee este carácter de órgano de cierre, que otorga la característica de “clausurar definitivamente un conflicto por la autoridad de la decisión” (Silva, 2012: p. 621). Nogueira lo detalló como “la superioridad de la Constitución lleva a la superioridad del intérprete de la Constitución que es el Tribunal Constitucional, el que se constituye en el órgano de cierre del ordenamiento jurídico” (2005: p. 17).

En este sentido para otorgar una operatividad clara, la Magistratura Constitucional, debe poseer un criterio al momento de la contrastación normativa que permita unificar la interpretación de la Carta Fundamental, ya que, *a contrario sensu*, no se podría hacer cumplir la Constitución, en una suerte de incertidumbre del contenido y la posterior interpretación en función de la cantidad de votos de la posición mayoritaria al decidir cada causa.

Asimismo, ante la interrogante en la teoría normativa de mantener la operatividad de la Carta Fundamental, es necesario poseer y mantener un criterio, de tal modo como la doctrina ejemplifica y hace analogía en la historia de “Ulises y las Sirenas”, un sistema del cual se

pueda rehuir de la voz y el florido pradal en que cantan las sirenas (Elster, 1989: p. 66). En torno a esto se ha justificado la promesa del control jurisdiccional, en la cual “Ulises (como el pueblo en momentos constitucionales) le ordena a su tripulación que lo ate al palo mayor para que pueda oír el canto de las Sirenas, pero que no lo liberen, aunque él se lo pida o se lo ordene. De esta manera Ulises pudo, por un lado, oír el canto de las sirenas y, por otro, evitar la suerte de todos los que, fascinados (como el pueblo, se dice, en momentos de paroxismo) por el canto de las sirenas, naufragaban en sus arrecifes.” (Atria, 1989: p. 6). Pero precisamente en este ámbito, ¿Pueden haber casos en el cual un tribunal se deje llevar por un “canto de sirena” para conocer más allá de lo que precisamente debe realizar?.

Sin duda las sentencias descritas hacen relación, a mi juicio, con una extralimitación en el ejercicio de la autoatribución de competencias del Tribunal Constitucional. La importancia de este fenómeno en la Justicia Constitucional radica en que las decisiones que se generen tendrán como destinatarios no solo a quienes cumplen el rol de partes, sino a su vez, específicamente en los conocidos casos difíciles, a toda la comunidad política o por lo menos a la mediática. Esto genera que las decisiones adoptadas contribuirán a estabilizar el debate político y moral (Fernández, 2016: p. 153-158).

Al referirnos a la extralimitación por parte un órgano relevante e imprescindible en la estructura actual de la Justicia Constitucional en Chile, es necesario centrar el estudio en cuáles son los límites que posee el órgano encargado de asegurar el cumplimiento del principio de supremacía constitucional. Siguiendo a Hesse, los límites se pueden resumir en dos tipos: los límites institucionales y límites funcionales, el primero hace relación en lo que propiamente se deduce de la propia Carta Fundamental, es decir la normativa relativa a la competencia del Tribunal Constitucional, sean reglas procesales, de la organización del Tribunal y de los requisitos de justiciabilidad. En la opinión del autor los límites institucionales como los derivados de la tutela judicial efectiva permiten establecer un parámetro normativo con el cual dirigir la dimensión del control del Tribunal Constitucional (2011: p. 178). El segundo elemento, los límites funcionales hacen referencia al parámetro normativo que se enmarca funcionalmente el ejercicio de las atribuciones del órgano, circunscrito en estatuto jurídico-positivo (Hesse, 2011: p. 178).

Se recalca por el autor la importancia de la existencia y coincidencia de ambos tipos de límites, en el sentido para que el Tribunal Constitucional no se extralimite en la potestad que se le ha asignado, no basta solo el actuar dentro de su competencia, sino que, además, debe actuar con la función que se le encomendó. Así a modo de ejemplo, si el Tribunal interpreta extensivamente sus reglas de competencia, esa interpretación podría invadir la esfera de atribuciones de otro órgano. O, por el contrario, si continuando el ejemplo, si el tribunal interpretara de manera restringida podría significar el sacrificio de sus funciones, es decir, la prescindencia de aquellos principios normativos que guían la garantía jurisdiccional de la Constitución (Hesse, 2011: p. 178).

En lo concerniente al objeto de este estudio se ha denotado la constatación de los diversos criterios que ha asumido el Tribunal Constitucional a la hora de ejercer el control de constitucionalidad de los decretos supremos. Desde ya, se ha enunciado el devenir de los tests aplicados durante el tiempo, en una transición marcada por etapas con diversos criterios. En lo concreto se aducen periodos que transitan por una contrastación directa, para luego legitimar revisiones que estudien el marco legal a través de los tests “de la habilitación legal y previa y suficiente” o “de la determinación y especificidad”. En lo estrictamente particular, el fenómeno de la extralimitación en la funcionalidad del Tribunal Constitucional se advierte con claridad en su actuar al controlar la constitucionalidad de los decretos supremos. Es más, desde el año 2010 se pueden identificar, a través de los distintos requerimientos, dos causales distintas que demuestran un tribunal sin claridad del objeto de su control. La primera causal es una extralimitación de funciones derivada de la verificación de materias de ley y reserva de ley, que como se verá, induce a una problemática en cuanto a generar una difusa frontera entre el control de legalidad y de constitucionalidad. La segunda causal, dice relación sobre la falta de uniformidad concreta en el ejercicio de atribución de competencias, que torna un control que siendo de carácter abstracto, a uno concreto a veces, complicando el “paradigma constitucional”, en el sentido de como el texto constitucional es comprendido y que se convierte en una suerte de trasfondo a cada interpretación constitucional, atendido lo que media en el texto y la decisión constitucional (Atria, 2020: p. 210).

3.1 El control constitucional vía reserva de ley

El correlato interesante de problematización en esta causal se produce por la difusa línea divisoria entre la Constitución, Ley y Reglamento. En líneas generales la estructura jurídica de fuentes conlleva a problemas derivados de la noción de reserva legal y la definición de ley, los cuales estructuran las restantes fuentes, de manera especial el reglamento. La reserva de ley como institución es entendida como una garantía normativa destinada a resguardar las definiciones en torno a materias cruciales⁴, entre ellas la libertad y la propiedad, de tal manera que solo pueden ser reguladas por la ley. En otras palabras, lo que se busca es imposibilitar que un reglamento pueda tomar determinaciones en estas materias (Cazor y Guiloff, 2010). Nuestro ordenamiento jurídico en este sentido tiene sus antecedentes en el derecho prusiano, donde la reserva de ley entiende una doble soberanía, en la cual se encuentran por un lado el monarca y el otro lado el Parlamento. De tal manera se reconoce sometimiento normativo del monarca al Parlamento, en nuestra situación, el Presidente de la Republica, sin perjuicio que no habiendo regulación alguna pudiese el monarca regular esos asuntos (Contreras, 2017: p. 262). En lo estrictamente particular del desarrollo jurisprudencial del control de los decretos supremos, la jurisprudencia en torno a la reserva legal ha sido vacilante desde el retorno de la democracia, tendiendo desde una férrea oposición a cualquier intervención por vía de potestad reglamentaria hacia una flexibilización en la participación del reglamento (Contreras, 2017: p. 271). Este mencionado transito lo describe Carmona en 2 marcadas etapas, una entre 1990 y 1999, que interpreta que la Carta Fundamental exige a la norma legal una regulación exhaustiva, de tal intensidad que no quede espacio para el reglamento y otra etapa posterior en que la Constitución establece que la ley debe abordar solo las materias que expresamente se les encargó abordar (Carmona, 2001: p. 154-156). Claro ejemplo de este espacio de apertura a favor de la reserva de ley será el fallo “Catalíticos” que rechazó la impugnación de un decreto supremo en el entendido que si bien las normas legales en que se fundó el decreto aludido no cumplían a cabalidad los requisitos de “determinación” de los derechos que podían ser afectados y la “especificidad” de las medidas que lo autorizan, eran igualmente aceptables, y por ende acorde a la Constitución (Rol 325-2001).

A juicio de este autor, la causa Rol 1849-2010 “Sobre las normas que fijan tecnología digital del servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción”, es un claro ejemplo de cómo el

⁴ Contreras, Pablo (2017); Cazor, Kamel y Guiloff. Matías (2010); La Reserva Legal: Arturo Fernandois Vohringer (2001).

Tribunal Constitucional no cumple con el sustento teórico necesario, para actuar plenamente en lo que constitucionalmente se le ha confiado. En este preciso requerimiento como ya se estudió, la Magistratura negó la inconstitucionalidad del decreto supremo, dado que en sus términos “no cabe entonces cuestionar la competencia del Ejecutivo para expedir este tipo de permisos, ni la posibilidad de reglamentar de manera general y abstracta su otorgamiento, como lo hace el artículo primero del Decreto Supremo N°264” (Considerando 12°, Rol 1849-2010). En este caso siguiendo la opinión de Cazor, es dable estar de acuerdo con la decisión del Tribunal, en el sentido de aceptar la constitucionalidad del decreto, pero no así con su razonamiento. De esta manera el voto mayoritario lograría reconocer dos vertientes en el ejercicio de la potestad legislativa, el principio de legalidad y la reserva legal, en el sentido que el primero no impide la habilitación de los artículos 24 y 32 N°6 de la Constitución. Es por ello que la Magistratura al reconocer al Presidente de la Republica (artículos 24 y 32 N°6 de la Constitución Política de la Republica) una habilitación suficiente para el ejercicio de la potestad reglamentaria debería al mismo tiempo destacar que el exceso regulativo no puede tener como parámetro de verificación la legalidad habilitante, dado que es un asunto de mera legalidad y por consiguiente un elemento fuera de la competencia del Tribunal (2011).

Aun con el razonamiento expuesto, lo que se hubiese esperado de la Magistratura en este contexto es la declaración de inadmisibilidad atendido que los requirentes alegaban la vulneración de la reserva legal, al exceder y no ejecutar la ley que servía de sustento, lo cual claramente coincide más en una esfera de control de legalidad, que de constitucionalidad.

En otras palabras, en fenómeno presentado significa lo que Hesse llama a evitar ante la no coincidencia de los límites institucionales y funcionales de la Magistratura Constitucional. Es más, la incongruencia destacada por el Tribunal Constitucional del artículo 15 de la Ley N°18.168 con el Decreto Supremo N°264, a través del 32 N°6 configura una apertura a controlar la legalidad de cualquier decreto supremo, lo que irrumpe o amplía en demasía la función de ejercer garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional.

3.2 Sobre la falta de uniformidad en el ejercicio del control

Como ya se estudió en su debida oportunidad, para que exista un poder limitado, este debe ser controlado, de tal manera que conceptualmente este último asegura al primero. Nuestro ordenamiento jurídico pareciese permitir un tribunal que acomode su competencia en cada caso, imposibilitando la posibilidad de subsanar extralimitaciones en el ejercicio de una potestad. Al revisar las reglas de competencia contempladas tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica Constitucional de Tribunal Constitucional (en adelante LOCTC), se reflejan ápices de una estructura que permiten la interpretación de sus límites institucionales conforme al caso concreto (Salem, 2018: p. 135-154).

A nivel procesal, se puede identificar el juicio sostenido. Mas allá de las dificultades planteadas en acápite anteriores sobre la legitimidad activa entregada únicamente al Senado y la Cámara de Diputados, en el iter procesal se denota el fenómeno. Durante este preciso procedimiento regulado en los artículos 110 y 111 de la LOCTC, se establece la admisibilidad, que permite al Tribunal establecer si el asunto radicado se encuentra en la esfera de su potestad o no. Esta normativa junto al artículo 21 que imposibilita promover cuestiones de jurisdicción o competencia del Tribunal deja a la Magistratura en una posición de establecer por si misma si tiene competencia o no. Ya podemos precisar que la causa Rol 1849-2010 sobre normas que fijan televisión digital, es un ejemplo que a criterio de este autor debió culminar antes de pronunciarse el fondo de la cuestión suscitada.

En cuanto a las decisiones de fondo, los límites institucionales de la Magistratura Constitucional son “controlar la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado”. Como ya se mencionó anteriormente, esta confrontación específica debería de tener un carácter normativo, lo conocido como control de tipo abstracto, de tal manera que el decreto supremo objeto de la impugnación “vulnere sea uno o más preceptos de la Constitución. Es decir, que se contradiga, transgreda o infrinja normas constitucionales, no infra constitucionales” (Rol 2523-2013: Considerando 11°). Sin embargo, como se ha sostenido anteriormente, la constatación de los diversos criterios que ha asumido el Tribunal Constitucional a la hora de ejercer el control de constitucionalidad de los decretos supremos. Desde ya, se ha enunciado el devenir de los tests aplicados durante el tiempo, en una transición marcada por etapas con diversos criterios. En lo concreto se aducen periodos que transitan por una contrastación directa, para luego legitimar revisiones que estudien el marco

legal a través de los tests “de la habilitación legal y previa y suficiente” o “de la determinación y especificidad”. El primer criterio se articuló a través de la causa Rol 373-03 que estableció la procedencia de “revisar los preceptos legales pertinentes para constatar si contienen o no la fundamentación legal, previa y suficiente, que la Constitución exige en relación con el dominio legal, de un lado, la potestad reglamentaria del Presidente de la Republica destinada a ejecutarlos, del otro”. El segundo sistematizado a través de la causa Rol 325-01 que indicaba “las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos, deberán reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad”.

Es así, como finalmente se aduce en el Tribunal Constitucional un último criterio durante el cual desde el año 2007, con el requerimiento relativo a la píldora de día después, que se mantendrá en el tiempo. Dicha sentencia es relevante en el sentido que se vinculaba a la regulación del decreto supremo con el artículo 4° del DFL N°1, del año 2005. Desde dicho requerimiento, señala Carmona se prescinde de la utilización de los tests que la propia Magistratura diseñó para conocer asuntos de su competencia (2010: p. 98).

A mi juicio, la sistematización lograda para determinar la legitimación del tribunal para conocer los asuntos sometidos a su competencia en lo relativo a los decretos supremos, es difícil de estructurar debido a la poca prolijidad de la Magistratura al establecer el objeto de su control. La falta de uniformidad al controlar se estructura a nivel teórico como practico. Ya se mencionó siguiendo a Aragón, que el control constitucional institucionalizado puede ser “político” o “jurídico”, este último se distingue del otro en función de su carácter objetivado. Este elemento destacado nos plantea dudas, ya que, a pesar de una abierta declaración de intención de ejercer el control de constitucionalidad a través de una contrastación directa entre la Carta Fundamental y el decreto supremo, no se presenta el criterio de manera concreta, no lográndose en este sentido armonía entre lo decidido y en lo que se declara o funda la decisión.

El disímil tratamiento se mantendrá como se revisó a lo largo del periodo estudiado en el lapso de 2010 a la actualidad. La causa Rol 2523-2013 sobre “De la regulación de consulta

a pueblos indígenas”, habla en sí mismo sobre la poca claridad en los límites funcionales. Este requerimiento, como se estudió, se declaró inadmisibles atendido que a juicio de la Magistratura el conflicto normativo era de carácter infraconstitucional, por ende, no sometido al control de supremacía constitucional. El conflicto medular en el requerimiento aludido es la inclinación por parte del Tribunal Constitucional de negar el rango constitucional y categorizar en el nivel legal a los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos. Desde ya se concuerda con el voto minoritario que sostenía la improcedencia de esta decisión dado que conlleva a la interrogante de “¿Cómo puede existir conflicto de legalidad tratándose de tratados internacionales en materia de derechos humanos regulados por el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución? ...” (Rol 2523-2013: Voto en contra, Considerando 6º). Como fue referido anteriormente en este trabajo, el acontecimiento descrito se enmarca en lo que ejemplifica Hesse como una Magistratura que sacrifica sus funciones, en este caso por el artículo 5º, inciso 2º de la Constitución Política, prescindiendo del principio normativo que guía la garantía jurisdiccional.

No obstante, el último requerimiento descrito no integrará un criterio por parte de la Magistratura como se denota a continuación en el Rol 4757-18 sobre “Visto consular de Turismo a nacionales de Haití”. En la presente controversia la postura mayoritaria sostuvo el rechazo de la inconstitucionalidad de la medida atendida debido a que la aportación entregada a nivel cuantitativo de los flujos migratorios resultaba suficiente motivación del acto administrativo, sumado a que con la sola expresión de los primeros dos considerandos del decreto impugnado eran razón suficiente para configurar el “interés nacional”, tal como lo exige el artículo 45 del DL 1.094 (Considerando 12º). En torno al estudio de la Magistratura, es interesante mencionar cómo en este caso no reduce su competencia, sino que la amplía pese a una abierta declaración de controlar directamente el decreto impugnado con la Constitución. La revisión de la normativa legal aplicable (artículo 45 del DL 1.094) por parte del Tribunal para determinar la configuración de conceptos jurídicos, son meros controles de legalidad como la revisión de la motivación del acto administrativo en cuestión, que constituyen claros casos de extralimitación en el ejercicio de la potestad, que nublan de controlar otros ámbitos con mayor exhaustividad, como soslaya el propio voto minoritario al inferir en estos casos la relación de un test formal de igualdad en el sentido que la distinción sea “cuantitativamente igual, cualitativamente similar y corresponder al marco normativo

que guía las relaciones transfronterizas en el paso migratorio de un modo de trato perfectamente idéntico al de cualquier país”(Considerando 85°) o de revisión de igualdad sustantiva por elementos discriminatorios. Cabe destacar en este fallo, al igual que el anterior, la poca mención al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por reenvío de disposición constitucional al respecto.

Finalmente, los requerimientos acumulados Rol 5572-18 y Rol 5650-18, acumulados “Sobre la objeción de conciencia institucional”, el fenómeno de contrastación adquiere una nueva dimensión. La Magistratura determinó que el artículo 13 inciso 2° del Decreto Supremo N° 67 limitaba el derecho a objeción de conciencia institucional y por consecuencia vulneraba el principio de autonomía privada de los cuerpos intermedios, reconocidos como elemento básico de la sociedad. En este caso una vez más se denota la consecuencia de un control que no se define bien a lo largo del tiempo, por lo menos en lo relativo a los decretos supremos. En otras palabras, la nueva dimensión lograda en el caso de la objeción de conciencia es crear un derecho fundamental, que no se encuentra ni en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y además que no posee regulación legal más allá de la concerniente al facultativo.

En consecuencia, los requerimientos presentados desde la mirada de la supremacía constitucional plantean dudas en torno a su ejercicio, dado que la idea de controlar constitucionalmente difiere naturalmente de revisar la legalidad. La revisión jurisprudencial realizada en el presente estudio describe un Tribunal que extiende o restringe en cada caso concreto su competencia, no desprendiéndose de su práctica un actuar uniforme en lo relativo al control de los decretos supremos, atendida la variabilidad competencial del órgano de cierre. Con todo, nada obstaría a la Magistratura a revisar determinadas habilitaciones legales, consecuencias, elementos facticos para controlar los decretos supremos, solo en el entendido que se manifestara por parte de ella que el control se efectúa de esa manera.

La necesidad de la uniformidad en cuanto a la extensión de la esfera de control de un Tribunal, a mi juicio, es un requisito clave para el cumplimiento de la supremacía constitucional, para saber que normas infraconstitucionales son conformes a ella. Particularmente la potestad entregada constitucionalmente al Presidente de la República, no

ha sido controlada con la prolijidad necesaria para quien cumple, según la posición mayoritaria en nuestro país, la labor de ser intérprete último o supremo de la Constitución⁵.

En definitiva, por lo que hemos visto el constitucionalismo moderno requiere instrumentos que permitan limitar y controlar el poder. Estos a su vez para ser controlados jurídicamente requieren ser objetivados. En el cumplimiento de esta última función, es esencial que el órgano de cierre del ordenamiento jurídico en su labor debe mantener un criterio al controlar y satisfacer el principio de supremacía constitucional. Particularmente en este estudio se puede dar cuenta, de un Tribunal Constitucional que en el ejercicio de la potestad del control constitucional de los decretos supremos ha demostrado primeramente a nivel histórico, transiciones de criterio en el ejercicio de la potestad de contrastación diametralmente opuestas, que impiden sistematizar sus límites funcionales. Consecuencialmente a mi juicio, esto ha incidido en que los últimos 10 años nos encontremos frente a una Magistratura que se extralimita en su marco competencial, en su mayoría conociendo otros elementos más allá de sus límites institucionales y en otros prescindiendo de ejercer el control. En resumen, la variabilidad presentada por la falta de uniformidad en el ejercicio del control de los decretos supremos dificulta la Justicia Constitucional, en un ámbito tan complejo que relaciona al Congreso Nacional, al Presidente de la Republica y la Magistratura.

⁵ Nogueira, Humberto (2010,79-116) ; Colombo, Juan (2005, 263-291), Fernández, Miguel Ángel (2006, 125-149) Cea, José Luis (2005, 67-72)

Conclusiones

Ante lo expuesto la presente investigación se planteó determinar la noción de control constitucional, y como este se materializa en la contrastación o revisión de decretos supremos. La hipótesis consistió en establecer si existía una falta de uniformidad por parte del Tribunal Constitucional en la revisión de los decretos supremos.

Habiéndose estructurado la presente tesis desde un tránsito del ámbito teórico al análisis de los últimos casos en Chile, expongo a continuación las conclusiones obtenidas en el marco del presente estudio.

Primera. El control constitucional como tal, no es un fenómeno tan contemporáneo en el Derecho Público. Como ya se vio, la necesidad de resguardar la supremacía constitucional tiene antecedentes en la reacción de sustituir la soberanía plenipotenciaria del monarca, que actuaba ilimitadamente conforme a lo que dictará su fuero interno. Sus raíces se remontan indistintamente a vertientes del *judicial review* como en el modelo europeo occidental. No obstante, el control constitucional como una institución jurídica más asimilable a nuestros tiempos solo se puede concebir como un fenómeno de los hechos desencadenados luego de la Segunda Guerra Mundial. La concepción de la Constitución como una norma jurídica vinculante, protectora de derechos fundamentales, que impone modelos de interpretación y que puede ser aplicada directamente, constituye la gran base del constitucionalismo moderno.

Segunda. El control, propiamente es el medio para limitar el poder, y este particularmente no se encuentra radicado exclusivamente en un órgano público, ni colectividad o personas, ya que su heterogeneidad es clave atendido los distintos objetos que se busquen. En este sentido el control inmerso dentro de un Estado Constitucional se sustenta a través de las limitaciones impuestas, que pueden ser institucionales como no institucionales. El ejercicio de controlar la constitucionalidad por parte de la Jurisdicción supone problemas de tensión con el ejercicio de la deliberación democrática del Estado Constitucional.

Tercera. En Chile ante una difusa supremacía constitucional, solo se contemplará un acabado control de constitucionalidad con la instauración de la reforma constitucional de 1970, que configuró una nueva relación entre los poderes del Estado y su control.

Cuarta. Actualmente los órganos institucionalizados en Chile encargados de controlar la constitucionalidad son múltiples. Estos pueden distinguirse normativamente en ámbitos diversos: en uno político, administrativo y judicial. Cobra relevancia ante la multiplicidad de llamados a controlar, el tipo de control ejercido.

Quinta. El estudio de los decretos supremos como objeto de control, supone dar cuenta de la posibilidad de encontrarnos frente a dos contenidos diversos que se individualizan nominalmente igual. Entender la dimensión entre los decretos supremos propiamente tales y los decretos supremos en ejercicio de la potestad reglamentaria cobra importancia en la distinción de pertenecer al bloque de legalidad o someterse a él, sobre todo en la revisión sustancial de estos.

Sexta. La importancia de indagar el ejercicio de una potestad del Tribunal Constitucional es clave en un Estado Democrático, ya que las decisiones no solo afectan a quienes asumen el rol de partes, especialmente en casos relacionados con derechos fundamentales adquieren dimensiones de afectación en toda o parte de la comunidad política. En este sentido cobra relevancia, estudiar como la Magistratura controla y/o contrasta la Constitución respecto de los decretos supremos. Se ha precisado que la incertidumbre ronda en el ejercicio de esta potestad, y por su parte el órgano a cargo se ha posicionado en diversas etapas a lo largo del tiempo.

Séptima. Se ha dado cuenta como la doctrina hace relación de un Tribunal Constitucional marcado por distintas etapas al controlar, desde contrastaciones directas entre el acto impugnado y la Carta Fundamental, a aceptar la revisión de ciertos preceptos legales, para finalmente en la actualidad declarar reiteradamente el ejercicio de una contrastación directa. Por tanto, la revisión realizada a denotado una variabilidad en el ejercicio de controlar que por consiguiente constituye una adecuación de la competencia para contrastar normativamente la Constitución con el acto impugnado.

Octava. El estudio de la contrastación normativa constitucional hace relevante distinguir que el órgano a cargo de asegurar el cumplimiento de la supremacía constitucional posee dos tipos de límites, los funcionales e institucionales, y en que gran medida la consonancia entre estas dos significa guiar la correcta aplicación de la garantía jurisdiccional de la Constitución. En mi investigación se ha reflejado la dispar uniformidad en el ejercicio por parte de la

Magistratura de entender su propia competencia en la revisión de decretos supremos. Particularmente la última etapa concebida en una declaración expresa por parte del Tribunal Constitucional de aplicar una contrastación directa entre la norma constitucional y el decreto supremo impugnado, ha reflejado una cuenta de casos de dispar criterio en los cuales; se efectúa revisión de normativa legal aplicable; se dota de constitucionalidad institucionales legales; y que incluso en cierto caso se renuncia a controlar la constitucionalidad.

Novena. El Tribunal Constitucional en su actual configuración, es quien queda a cargo de la interpretación definitiva de la Carta Fundamental. Esto significa que contribuye a la clausura definitiva de un conflicto, estableciendo una interpretación unificadora en cada caso sometido a su conocimiento. En la revisión de los decretos supremos se ha logrado destacar que esto no se produce debido a la variabilidad de criterio al controlar, generada por una extralimitación en el ejercicio de la potestad.

Decima. Los casos de extralimitación en el ejercicio de la potestad de controlar la constitucionalidad de los decretos supremos en los últimos años se pueden comprobar en dos aspectos, a través del control constitucional vía reserva de ley y la falta de uniformidad en el control. Estos dos elementos en conjunto más una normativa procesal que resguarda al tribunal en la determinación de su esfera de competencia, han permitido la actual configuración de la actual Magistratura Constitucional. Se ha evidenciado que, en el control constitucional vía reserva legal, se ha generado la apertura de verificar elementos de legalidad, a través de la revisión de vulneraciones a la reserva legal formal, la causa Rol-1849-2010 es claro ejemplo que significó realizar una expresa revisión de la Ley de Telecomunicaciones, lo cual que irrumpe o amplía demasiado el control constitucional. En el ámbito de la falta de uniformidad en el ejercicio de la potestad de controlar los decretos supremos se ha identificado la variabilidad en la determinación de la legitimación del tribunal para conocer los asuntos sometidos a su conocimiento. En el transcurso de la investigación se ha visto una Magistratura que amplía, restringe o prescinde su competencia según sea el objeto procesal, alejándose de ejercer un control abstracto en ciertos casos, no contrastando directamente la Carta Fundamental.

En síntesis, la presente tesis respondió al objetivo principal de determinar la existencia o inexistencia de un estándar de control, logrando como resultado una falta de uniformidad en

el ejercicio de la potestad de controlar la constitucionalidad, que por consiguiente infiere una nueva forma de entender los límites institucionales del propio Tribunal Constitucional, que contribuye en definitiva en la generación de mayor incertidumbre que certeza.

Bibliografía

Colombo Campbell, Juan (2003): “La Justicia Constitucional”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol XIV. pp. 259-284.

Cea Egaña, José Luis (2002): “Control de Supremacía de Los Actos Legislativos”. *Revista de Derecho Público*, Consejo de Defensa del Estado, N°6.

Del Rosario-Rodríguez Marcos Francisco (2011): “La supremacía Constitucional: naturaleza y alcances” *Díkaión*, issN 0120-8942, año 25 - Vol. 20 Núm. 1 - - CHía, Colombia pp. 100

Eduardo García de Enterría (1985): “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *Madrid: Civitas*, (3ª ed.), pp. 52-55

Atria Lemaître, Fernando (1993): El Tribunal Constitucional y la objeción democrática *Jornadas Chilenas de Derecho Público* 24o 1993 Santiago, Chile pp. 367-378

Atria, F. (2020): “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): Propuestas finales”, en *Derecho y Crítica Social* 6(1) pp. 163-217.

Bermúdez Soto, Jorge (2011): Derecho Administrativo General, *LegalPublishing Chile*, Santiago pp. 50-109

Carmona Santander, Carlos. (2016): Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento. *Revista de Derecho Público*, (63), Págs. 154-190.

Aguiló Regla, Josep (2007): “Positivismo y Postpositivismo dos paradigmas jurídicos en pocas palabras” *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007) ISSN: 0214-8676 pp. 665-675

Aragón, Manuel (1995): “Constitución, democracia y control”, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 69-186

García-Pelayo, Manuel (1977): “Las transformaciones del Estado contemporáneo”. Alianza Editorial (Alianza Universidad), Madrid, pp. 51

Mora Restrepo, Gabriel (2009) “Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces” Tesis doctoral, Universidad Austral, Buenos Aires pp. 45-59

Atria, Fernando (1989): “El derecho y la contingencia de lo político”. *Doxa*, N° 30, pp. 6

Quinche Ramírez, Manuel (2013): “El control de constitucionalidad”. *Bogotá, Editorial Universidad del Rosario*. pp. 22

Herrera, Carlos (1994): “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución.”, en *Revista de Estudios Políticos*, N°86, pp. 217

Bush Venthur, Tania (2018): “El Control del Juez Constitucional”. Pontificia Universidad Católica de Santiago. pp. 28

Tovar Uricoechea, Fernando. (2017). “Sustitución constitucional y objeción democrática: una tensión aparente”, en *Revista en Cultura de la Legalidad*, 0(12), pp. 62-76. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3642>

Ferrajoli, Luigi (2003): “Pasado y Futuro del Estado de Derecho en Constitucionalismo”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid Trotta. ISSN 1132-9432, N° 17, pp 31-46

Gómez Bernales, Gastón. (1999): “Algunas ideas críticas sobre la Jurisdicción Constitucional en Chile”. *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Talca, Chile, vol. 4, núm. 1 pp. 270

Ferrada Bórquez, Juan Carlos. (2004): “Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, 17, pp. 113-137. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200005>

Clavero Salvador, Bartolome (1993): "Garantie des Droits: Emplazamiento Histórico del Enunciado Constitucional", en *Revista de Estudios Políticos* 81. pp. 20-21

Schmitt, Carl (1928) “La teoría de la Constitución” *Alianza Editorial* trad. española, 1934; reimp. 198 , pp. 156

Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos (1991): “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 29*, pp.15-26.

Hirschl, Ran (2004): “Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism” *Estados Unidos, Harvard University Press*.

Ely, John (1980): “Democracy and Distrust”, Cambridge, *Harvard University Press*.

Bayón, Juan Carlos (2003): “Derechos, democracia y Constitución”, Carbonell, Miguel (edit.) *Neoconstitucionalismo, Madrid, Trotta* pp.211-238.

Ruiz Miguel, Alfonso (2004): “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, N° 21: pp.51-84.

Waldron, Jeremy (1994): “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, *California Law Review*, Vol. 82, N° 509: pp.509-540.

Waldron, Jeremy. (2005): *Derecho y desacuerdos*, Madrid, *Marcial Pons.*, pp. 13-48

Historia de la Ley N° 17.284: Biblioteca de Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/43528/1/HL17284.pdf>

Pardow Lorenzo, Diego G, & Verdugo Ramírez, Sergio (2015): “El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005: Un enroque entre jueces de carrera y académicos”, en *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1). Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100006>

Vivanco Martínez, Angela; Martínez Estay, José Ignacio (1997): “Acerca de la Supremacía Constitucional” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVIII* pp. 66-68

Bobbio, Norberto (2009): “Teoría general de la política.” 3ra ed. (coord. M. Bovero). Madrid, Trotta. pp. 460

Ferrada, Juan Carlos (2000) “El principio de control en la Administración del Estado”, en Pantoja, R. (coord.), *La Administración del Estado de Chile. Decenio: Editorial Conosur*, Santiago, pp. 601-607

Pallavicini Magnére, Julio (2010): Control de Constitucionalidad de la Contraloría General de la Republica, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, Vol. 72 pp. 112

Jellinek, Georg (1970): “Teoría general del Estado”. *Buenos Aires* pp. 592-593

Bordalí Salamanca (2008) “Jueces constitucionales. Un poder incómodo.” En *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix – Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. UNAM, Marcial Pons. México. México. ISBN: 970-32-5380-7. pp. 41-61.

Cordero Quinzacara, Eduardo (2010): “Las normas administrativas y el sistema de fuentes. Revista de derecho” (Coquimbo), 17(1), pp. 21-50. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100002>

Maurer , Hartmut (1999) “Allgemeines Verwaltungsrecht”, *Ed. Beck*, 12a edición, Munich, 1999. pp. 179

Cordero Quinzacara, Eduardo, (2009): “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, en *Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XXXII, semestre I, Valparaíso*. pp.416-424

Pierry Arrau, Pedro, (1991): “El ámbito de la ley, en el AA. VV, Proceso Legislativo en Chile” Valparaíso, *CEAL-UCV*, pp. 82.

Historia de la Ley N° 20.050, Biblioteca del Congreso Nacional, República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>

Carmona Santander, Carlos (2010): “El artículo 93 N°16 de la Constitución: Estado de la Cuestión y Proyecciones”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol 72. pp. 94-99

Dorn Garrido, Carlos (2007): “El Control de Constitucionalidad del Reglamento y la Reforma de la Ley N° 20.050” en *Revista de Derecho N°18 Consejo del Estado* pp. 11-20

Nogueira, Humberto (2005): “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en *Estudios Constitucionales*, 1, año 3.

Silva Irarrazaval, Luis Alejandro, (2012): “La Supremacía Constitucional: Fundamento y Limite de su Garantía por el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público 2012*. Universidad Diego Portales. pp. 621

Homero: “La Odisea” Canto XII, *Edición RBA Gredos*, Barcelona 1995.

Cazor, Kamel y Guiloff. Matías (2010): “La Reserva de Ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado Constitucional Chileno”, en *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*.

Fernández Cruz, José Ángel (2016): “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual” en *Revista Ius et Praxis, Año 22, N° 2*, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales pp. 153 - 188

Hesse, Konrad (2011) “Escritos de Derecho Constitucional” en *Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, pp. 178

Salem Gesella, Catalina. (2018). Los conflictos de legalidad y los conflictos de constitucionalidad como garantía institucional de la jurisdicción constitucional, en *Revista de derecho (Valdivia)* pp. 154

Cazor Kamel: “Reserva formal de ley y la posibilidad regulatoria de la potestad reglamentaria independiente: A propósito de la sentencia Rol 1849-2010 (sobre Televisión Digital) del Tribunal Constitucional”. *Diario Constitucional*

Carmona Santander, Carlos (2001): “Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: El ámbito del reglamento” *Revista de Derecho Público*, 63, Universidad de Chile, Facultad de Derecho pp. 154-156

Contreras, Pablo. (2017): “Manual sobre derechos fundamentales, Teoría General” *Lom ediciones*.

Nogueira, Humberto, (2010) “La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas”, *Estudios Constitucionales*, 8 (1), pp. 79-113

Colombo, Juan (2005): “Las sentencias constitucionales: tipología y efectos”, en Nogueira, Humberto (coordinador), *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectivas*, Santiago, *LexisNexis*, 2005, pp. 263-287

Fernández, Miguel Ángel, (2006): “La sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del Derecho”, en *Estudios Constitucionales*, 4 (1), pp. 125-149.

Arturo Fernando Yohrínger (2001) “La Reserva Legal: Una Garantía sustantiva que desaparece” en *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 28 N° 2. Sección Estudios. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, pp. 287 -298

Cea, José Luis, (2005) “El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la justicia ordinaria”, en *Estudios Constitucionales*, 3, 1, pp. 67-72, pp. 68 y 69.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2001): Rol 325.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2003): Rol 373.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2006): Rol 591.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2008): Rol 1153.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2008): Rol 1035.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2008): 1153-08.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2010): Rol 1849.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2013): Rol 2523.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2018): Rol 5572.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (2018): Rol 4757.

Ilustrísima Corte Suprema de Chile (2011): Rol 7750

Ilustrísima Corte Suprema de Chile (2016): Rol N° 19309

Ilustrísima Corte Suprema de Chile (2016): Rol N° 23725

Sentencia de la Suprema Corte Suprema de los Estados Unidos Madison v/s Marbury Case
(5 U.S. 137 1803)