

# La potestad reglamentaria y su control judicial: recurso de protección e inaplicación de normas administrativas

## The Regulatory Power and its judicial control: appeal for protection and non-application of administrative rules

Nicolás Humeres Guajardo\*

El presente trabajo persigue identificar elementos propios del control judicial de la potestad reglamentaria, particularmente en lo referente a la idoneidad del recurso de protección para deducir una pretensión anulatoria en contra de este tipo de normas administrativas y a la inaplicación reglamentaria como técnica eficaz de control de la ilegalidad reglamentaria.

**Palabras clave:** Potestad reglamentaria, justicia administrativa, recurso de protección, inaplicación de normas.

The present work seeks to identify elements of judicial control of the regulatory power, particularly as regards the appropriateness of the remedy of protection in order to deduct an annulling claim against this type of administrative rules and the non-application of illegal regulations as a technique Effective control of statutory illegality.

**Key words:** Regulatory authority, administrative justice, appeal for protection, inapplication of rules.

### Introducción

“Reconocer en el juez la facultad de controlar la regularidad y alcance de las normas jurídicas no es adicionar algo nuevo a su tradicional función, sino, sencillamente especificar esta en un *focus* particular de atención”<sup>1</sup>.

Las normas administrativas ostentan un rol importante en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa<sup>2</sup>.

\* Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Magíster en Derecho, mención en Derecho Público, por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: nicolashumeres@gmail.com.

El presente texto corresponde a una parte adaptada de un trabajo de mayor extensión presentado en el contexto del Seminario para optar al grado de Magíster en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>1</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 1998, 37.

<sup>2</sup> SANTAMARÍA PASTOR 1991, 687.

En el primero de estos aspectos inciden: i) el masivo apoderamiento de potestades normativas en manos de la Administración<sup>3</sup> y ii) la amplia producción y proliferación de este tipo de normas<sup>4</sup>.

A su vez, desde un punto de vista cualitativo, los preceptos contenidos en los reglamentos “son, con harta frecuencia, de una eficacia [y] incisividad mucho más directas e intensas que los que llenan múltiples leyes formales” (sic)<sup>5</sup>.

En ese orden de ideas, cabe recordar por ejemplo, que los instrumentos de planificación territorial ostentan naturaleza reglamentaria<sup>6</sup>, e incluso un sector de la doctrina sostiene que las facultades conferidas a algunos órganos administrativos para establecer una interpretación administrativa u oficial de las leyes o reglamentos, tendrían también una naturaleza reglamentaria, en la medida que dicha potestad esté atribuida por ley y tenga un carácter obligatorio para los ciudadanos<sup>7</sup>.

Es en razón de dicha relevancia, que surge también la necesidad de organizar técnicas eficaces de control respecto de los poderes normativos administrativos, ya que la impugnación de este tipo de normas, es susceptible de ejercer una verdadera *función purgativa* al evitar de raíz que un vicio inserto en un reglamento se propague, multiplique y/o amplifique a través de actos de aplicación singular del mismo<sup>8</sup>.

Es en ese contexto que surge la interrogante en términos generales ¿cuáles son los mecanismos que tiene un particular para hacer frente a la anti juridicidad susceptible de afectar una norma reglamentaria?

En el presente trabajo pretendemos abocarnos a dicha pregunta, en primer término desde una perspectiva introductoria a la impugnación de este tipo normativo en el derecho comparado, para luego profundizar dos

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 196.

<sup>4</sup> En ese orden de ideas, SANTAMARÍA PASTOR sostiene que “la Constitución y las normas con rango de ley no son sino islotes perdidos en un vasto océano de reglamentos”. SANTAMARÍA PASTOR 1991, 687.

<sup>5</sup> SANTAMARÍA PASTOR destaca además que “la divergencia entre el valor jurídico formal y la relevancia efectiva de las normas es uno de los caracteres más acusados de los ordenamientos contemporáneos.” SANTAMARÍA PASTOR 1991, 688.

<sup>6</sup> CORDERO QUINZACARA 2015, 110.

<sup>7</sup> Si bien CORDERO QUINZACARA realiza la distinción entre reglamentos y las circulares como dos categorías distintas dentro del género de normas administrativas, también identifica una serie de elementos que incidirían en atribuir naturaleza reglamentaria a las facultades interpretativas de ciertos órganos administrativos. Véase: CORDERO QUINZACARA 2010, 43-48. En un sentido similar, la Corte Suprema ha estimado que las circulares que excedan el ámbito de organización interna, son susceptibles de ser controladas como normas reglamentarias. Véase: *Agencia Acreditadora de Arquitectura Arte y Diseño de Chile S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia Acreditadora Akreditaqa Quality Assessment S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia de Acreditación y Evaluación de Educación Superior S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015).

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA 1962, 197.

aspectos contingentes en nuestro sistema jurídico: i) el recurso de protección en contexto de mecanismo contencioso administrativo de carácter general y ii) la inaplicación como técnica de reacción ante la ilegalidad o arbitrariedad reglamentaria.

La primera de estas cuestiones se enmarca dentro de una discusión que aun no se encuentra del todo zanjada en nuestro sistema de justicia administrativa respecto a la idoneidad de dicha acción constitucional como mecanismo ordinario de control de la actividad administrativa. A su vez, el segundo aspecto abordado, corresponde a una técnica antiguamente empleada en nuestro sistema y que en la actualidad tendría un nuevo contexto para su aplicación, propiciada en parte, por la discusión acerca de los problemas derivados de la impugnación de normas reglamentarias a través del recurso de protección.

Se advierte al lector que no se procederá a analizar en particular el control de constitucionalidad de los decretos supremos reglamentarios contemplado en el artículo 93 N° 16 de la Carta Fundamental, en razón de que dicho mecanismo no reconoce legitimación a los ciudadanos que pudieren tener algún interés afectado por el respectivo reglamento, limitándose a reconocer como sujetos legitimados únicamente a cualquiera de las cámaras o una cuarta parte de los miembros en ejercicio en caso de que no se denuncie una extralimitación de la potestad reglamentaria autónoma.

## I. Medios o técnicas de reacción

En el Derecho español, es posible encontrar un sistema estructurado de medios técnicos de reacción frente a la ilegalidad reglamentaria consistentes en: i) la inaplicación y ii) la invalidez, técnica que a su vez puede subclasificarse en: a) invalidación administrativa, y b) recurso contencioso administrativo de nulidad, tanto por vía directa o indirecta<sup>9</sup>.

El recurso directo tiene por objeto atacar la validez del reglamento y permite llegar a la anulación general del mismo. Esta finalidad purgativa se justificaría no solo en razón del interés particular de los recurrentes sino, que también en el interés general y los efectos erga omnes de las sentencias producirían una evidente economía procesal al evitar el planteamiento de una pluralidad de litigios con ocasión de actos de aplicación del reglamento ilegal<sup>10</sup>.

Por su parte, el recurso indirecto tiene por objeto la impugnación de un acto de aplicación de la norma reglamentaria, sobre la base de la ilegalidad de la respectiva norma. Con todo, a través de este tipo de recurso es posible llegar a la anulación general del reglamento, ya que el artículo 27 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa contempla

<sup>9</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2015, 248-257.

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2015, 254.

la posibilidad de que “cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra esta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general” (sic)<sup>11</sup>.

Además, dicho texto legal establece el deber del juez que dicte sentencia estimatoria en un recurso indirecto, de plantear una *cuestión de ilegalidad* ante el tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición en cuestión, e incluso se contempla la posibilidad de que el Tribunal Supremo anule cualquier disposición general con ocasión del conocimiento de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de norma reglamentaria, aún sin necesidad de plantear una cuestión de ilegalidad. De esta manera se busca eliminar posibles fallos contradictorios en la aplicación de un reglamento, beneficiando así la seguridad jurídica y la certeza en la aplicación del derecho<sup>12</sup>.

En el ámbito nacional, Bermúdez refiere que el control judicial del reglamento se realiza por la vía de la excepción de ilegalidad o inconstitucionalidad del mismo y por el ejercicio de una acción anulatoria directa<sup>13</sup>.

Por su parte, Cordero Quinzacara identifica como mecanismos jurisdiccionales de reacción para hacer frente a una ilegalidad reglamentaria: las acciones cautelares, el contencioso general de nulidad, los contenciosos especiales y la inaplicación. Estos mecanismos tendrían efectos y alcances diversos. Reconoce además como vías idóneas de reacción: el control jurídico en manos de Contraloría y la invalidación administrativa<sup>14</sup>.

Ahora bien, la coexistencia de multiplicidad de vías o mecanismos de impugnación, es en parte, herencia derivada de la ausencia de tribunales contenciosos administrativos contemplados programáticamente en el artículo 87 de la Constitución de 1925, circunstancia que tuvo directa incidencia en el rol que adquirió la Contraloría General de la República en el control de la legalidad<sup>15</sup> y en la concepción del recurso de protección como un mecanismo ordinario de control jurídico de la actividad administrativa<sup>16</sup>.

Con todo, no es objetivo del presente trabajo profundizar en la coordinación entre los mecanismos especiales y genéricos de control de la actividad administrativa, asunto que por lo demás ha sido abordado exhaustivamente por la doctrina<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Ley N° 29, de 1998

<sup>12</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2015, 255.

<sup>13</sup> BERMÚDEZ SOTO 2014, 83.

<sup>14</sup> CORDERO QUINZACARA 2016, 25.

<sup>15</sup> CORDERO VEGA 2015, 616.

<sup>16</sup> Respecto a los problemas derivados de la utilización de la acción de protección como mecanismo contencioso administrativo general, véase: FERRADA, BORDALÍ Y CAZOR 2003, 67 - 81; TSCHORNE 2005, 890 - 898; FERRADA 2005, 129-164.

<sup>17</sup> FERRADA 2011, 251- 277.

## II. El recurso de protección contra reglamentos

### 1. Estado del arte

En Chile se ha suscitado una interesante discusión jurisprudencial respecto a la impugnabilidad de reglamentos a través del recurso de protección.

En 2015 la Corte Suprema conoció de tres recursos de protección interpuestos en contra de la Comisión Nacional de Acreditación, dirigidos a impugnar un acto signado como un reglamento y su modificación<sup>18</sup>.

Los recurrentes reprochan a la Comisión Nacional de Acreditación, haber emitido el "*Reglamento que fija procedimiento de autorización para el funcionamiento de agencias de acreditación, condiciones de operación y supervisión*" y su modificación, sosteniendo que tales normas establecen condiciones, obligaciones y requisitos muy diferentes a los establecidos en el antiguo reglamento (vigente desde el año 2007), las que son imposibles de cumplir, vulnerando con ello los principios de confianza y estabilidad, de acuerdo a la teoría de los derechos adquiridos, ya que la recurrida habría autorizado el funcionamiento de la recurrente en base a determinadas exigencias, pero ahora la nueva normativa establecería otras adicionales que en definitiva impedirían a esta última seguir funcionando y cumpliendo con su labor.

La recurrida por su parte sostuvo que su actuación se enmarca dentro del ámbito de las competencias atribuidas por la Ley N° 20.129, y fustiga que el recurso interpuesto es impreciso, pues no refiere si el reglamento constituiría una acción arbitraria e ilegal, ni tampoco desarrolla como las garantías citadas en su libelo se habrían vulnerado.

La Corte sostuvo que ante la falta de un procedimiento contencioso administrativo general para el control de los actos de naturaleza reglamentaria, tal pretensión puede sostenerse a través de la acción constitucional de protección, pero precisa una importante diferencia con las acciones contenciosas de carácter objetivo o por "exceso de poder", ya que el recurso de protección requerirá como elemento de configuración de la legitimación activa, la invocación de la vulneración de alguna garantía contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política, y deberá interponerse dentro del plazo de 30 días desde su publicación, la que es obligatoria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 letra a) de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, teniendo la sentencia que lo anule efectos generales o *erga omnes*.

<sup>18</sup> En ese sentido pueden consultarse las sentencias pronunciadas por la Corte Suprema: *Agencia Acreditadora de Arquitectura Arte y Diseño de Chile S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia Acreditadora Akreditaqa Quality Assessment S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia de Acreditación y Evaluación de Educación Superior S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); y *Residentes de Cirugía con Ministerio de Salud* (2016).

Si bien la Corte estima que la acción de protección es un mecanismo idóneo para impugnar un reglamento, rechaza los recursos deducidos por estimar que no existe ilegalidad en los actos impugnados.

Tales actos en concepto de la Corte, no tendrían naturaleza reglamentaria, ya que corresponderían a “*circulares o instrucciones que versan sobre medidas de orden interno en lo concerniente al modo de organizar el trabajo*”, no obstante, en caso de que estos excedan el ámbito de la organización interna, perfectamente pueden ser controlados como reglamentos<sup>19</sup>.

En un sentido similar encontramos un pronunciamiento de mayo de 2016, que a su vez realiza una interesante distinción entre el acto administrativo de alcance plural (susceptible de afectar a un conjunto de personas) y el reglamento como acto normativo de carácter impersonal, con aplicación general y permanente<sup>20</sup>.

Ahora bien, en agosto de 2016, la Corte Suprema dio un giro radical a la doctrina referida precedentemente, sosteniendo que la impugnación de un reglamento no es una materia que corresponda ser dilucidada por medio de un recurso de protección, debido a que dicha acción no constituye una instancia de declaración de derechos ni de *invalidación de normas de carácter general*, puesto que únicamente tendría por objeto la protección de aquellos derechos señalados por la Constitución que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados<sup>21</sup>.

En su pronunciamiento, la Corte identifica el objeto pedido consistente en *dejar sin efecto un reglamento establecido mediante un decreto supremo*, pero reprocha la falta de referencia a un acto administrativo concreto susceptible de afectar alguna garantía constitucional amparada por esta acción. Sostiene además que los vicios de inconstitucionalidad de un decreto supremo, incluidos los dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma, deben ser impugnados ante el Tribunal Constitucional a través de la acción contemplada en el artículo 93 N° 16 de la Carta Fundamental, sin perjuicio del control que pueda ejercerse mediante la acción de protección respecto de un acto determinado de la autoridad basado en un reglamento que conculque alguna de las garantías. Agrega que la propia Carta Fundamental establece un control preventivo de legalidad y constitucionalidad general ante la Contraloría General de la República, lo que a su vez reforzaría la idea de

<sup>19</sup> En nuestra opinión este pronunciamiento reconoce la relación entre “*circulares reglamentarias*” y los reglamentos en sentido estricto. SANTAMARÍA PASTOR 1991, 729; CORDERO QUINZACARA 2010, 35.

<sup>20</sup> *Sociedad Educacional Alcántara Ltda. y Otros con Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de Educación y Subsecretaría de Educación* (2016).

<sup>21</sup> *Poblete Novoa Paola Angélica Contra Presidenta de la República y Otros* (2016), considerando 4°.

que no estamos frente a una materia susceptible de ser dilucidada a través de un procedimiento de naturaleza cautelar<sup>22</sup>.

Posteriormente, la Corte reiteraría la falta de idoneidad del recurso de protección para efectos de impugnar una disposición reglamentaria, no obstante la pretensión sostenida por el actor se dirigía en contra de un acto administrativo de aplicación singular de una norma reglamentaria y no en contra de la validez del reglamento en términos generales<sup>23</sup>.

## 2. Problemas del recurso de protección como mecanismo contencioso administrativo de carácter general

Ahora bien, la pertinencia del recurso de protección como acción idónea para sostener una pretensión anulatoria, se incardina en el contexto de la discusión respecto a la utilización de este mecanismo como herramienta de control contencioso administrativo.

No debe soslayarse que, para un sector de la doctrina, el recurso de protección en su génesis, fue concebido como un mecanismo de control de la actividad administrativa, propiciado por los problemas de acceso a la justicia derivados de la ausencia de tribunales contenciosos administrativos conforme a lo dispositivo de la Constitución de 1925 y la tendencia de los tribunales ordinarios de justicia a declararse incompetentes para declarar la nulidad de los actos de la administración<sup>24</sup>.

Si bien el recurso de protección ostenta una relevancia cuantitativa como mecanismo de control contencioso administrativo<sup>25</sup>, dicho carácter sugiere una serie de problemas o confrontaciones conceptuales entre la praxis y la dogmática.

<sup>22</sup> *Poblete Novoa Paola Angélica Contra Presidenta de la República y Otros* (2016), considerando 3°.

<sup>23</sup> Se trata de un recurso de protección interpuesto por un Fiscal del Ministerio Público en contra del Fiscal Nacional que buscaba impugnar una sanción disciplinaria que tendría como fundamento una infracción al *Reglamento de Personal para los Fiscales del Ministerio Público*, en lo relativo al deber de reserva que asiste a los Fiscales, derivado de expresiones vertidas en una entrevista otorgada por el recurrente al Diario "El Líder de San Antonio". Véase: *Pérez Verde-Ramón Álvaro contra Abbott Charme Jorge* (2017).

<sup>24</sup> SOTO KLOSS 1984, 401; En contra: PIERRY sostenía que el recurso de protección no fue creado para cubrir todo lo contencioso administrativo, particularmente porque "el conocimiento de este tipo de materias es un problema técnico de envergadura que no puede ser resuelto positivamente en un procedimiento tan simple". En opinión del autor el recurso de protección tendría importantes similitudes con la institución de *la vía de hecho* del Derecho francés, que implicaba de parte de la Administración "una irregularidad grosera, atentando contra el derecho de propiedad o las libertades públicas". PIERRY 1977, 157-161. Sin perjuicio de esta postura, cabe destacar que el autor fue el redactor de las sentencias que en 2015 estimaron impugnables las normas reglamentarias a través de la acción de protección. Véase: *Agencia Acreditadora de Arquitectura Arte y Diseño de Chile S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia Acreditadora Akreditaqa Quality Assessment S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia de Acreditación y Evaluación de Educación Superior S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015)

<sup>25</sup> POR TODOS: CARMONA 2005, 185-202.

Así las cosas, para un sector de la doctrina contemporánea, el recurso de protección no parece ser una vía idónea para controlar de forma general la legalidad de la actividad administrativa, principalmente porque su carácter de contencioso administrativo sustituto descansa en premisas superadas en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que en la actualidad coexisten procedimientos especiales y generales de control judicial en este ámbito. Además, la utilización de esta acción constitucional como mecanismo de control de legalidad, tendría un efecto pernicioso para la dogmática de los derechos fundamentales, ya que ha contribuido a interpretaciones extensas de los derechos justiciables (igualdad, propiedad, prohibición de ser juzgado por comisiones especiales, etc.), llegando incluso a vaciarlas de contenido<sup>26</sup>.

Por otra parte, el carácter simple y desformalizado puede ser incompatible muchas veces con la complejidad de los temas tratados, lo que unido al breve plazo para evacuar informe, la no formalización de puntos controvertidos y los problemas relacionados con la oportunidad y admisibilidad de los medios de prueba<sup>27</sup>, contribuyen a estimar que este procedimiento de tutela de derechos fundamentales, no reúne los estándares de idoneidad suficiente para operar eficazmente como un procedimiento contencioso administrativo general y por consiguiente, no sería un medio adecuado para conocer de la impugnación de un acto reglamentario.

En ese orden de ideas, Samuel Tschorne fustiga que el uso de esta acción ha llevado a que "los tribunales por la vía de ampliar el contenido de los derechos fundamentales han extendido las situaciones amparables a través del recurso de protección llegando incluso a proteger por esta vía meros intereses legítimos e incluso tradiciones culturales o creencias e imágenes religiosas, ignorando completamente de este modo la limitación que la Constitución impone al enumerar expresamente los derechos fundamentales que son amparados por este mecanismo procesal", o incluso "...en muchos casos ni siquiera se molestan en fundar, o siquiera describir, de qué manera se ha afectado el derecho fundamental invocado en el caso en cuestión"<sup>28</sup>.

En otra visión, no es menos cierto que en nuestro derecho no existe un sistema de justicia administrativa general debidamente reglado, dado que nuestra legislación ha puesto énfasis en conformar un sistema pluriforme e hiperespecializado de justicia administrativa<sup>29</sup>, fenómeno que contribuye a que, más allá de los problemas teóricos que presenta el recurso de protección en contexto contencioso administrativo, tal arbitrio, seguirá siendo una herramienta efectiva en este ámbito, mientras no existan cambios normativos a nivel legal o constitucional, tendientes a racionalizar un sistema de justicia administrativa general.

<sup>26</sup> FERRADA 2005, 143-150; FERRADA, BORDALÍ Y CAZOR 2003, 67 - 81.

<sup>27</sup> FERRADA 2005, 157.

<sup>28</sup> TSCHORNE 2005, 896 - 897.

<sup>29</sup> VERGARA 2014, 269 - 292.



En nuestra opinión, no debe desconocerse que el recurso de protección como contencioso administrativo y su efecto en la falta de definición del contenido protegido de las garantías tuteladas por esta acción, tiene como contrapunto la especial relevancia de esta acción constitucional en la configuración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como principio general de derecho<sup>30</sup>.

### 3. Críticas a la ambivalencia jurisprudencial sobre el control de los Reglamentos

Sobre el particular, Cordero Vega, refiere que los fundamentos de la Corte para rechazar la reclamación de un reglamento mediante un recurso de protección, hacen imposible la impugnación judicial del acto, desconociendo cuestiones elementales en la construcción jurisprudencial del contencioso administrativo en el derecho nacional de los últimos años que, aunque imperfecto, ha evitado dejar a los particulares sin posibilidad efectiva de objetar la legalidad de los actos administrativos<sup>31</sup>.

Dicha crítica tiene especial relevancia si se considera que los mecanismos de control respecto a los decretos supremos reglamentarios que refiere la Corte en su pronunciamiento, no son accesibles para el ciudadano, toda vez que el control constitucionalidad de tales actos, acorde a lo contemplado en el artículo 93 N° 16 de la Carta Fundamental, no reconoce legitimación a los ciudadanos que pudieren tener algún interés afectado por el respectivo reglamento, limitándose a reconocer como sujetos legitimados únicamente a cualquiera de las cámaras o una cuarta parte de los miembros en ejercicio en caso de que no se denuncie una extralimitación de la potestad reglamentaria autónoma.

En nuestra opinión, la interpretación de la Corte, tendría un efecto pernicioso para el contenido esencial del derecho a una tutela judicial efectiva, ya que descartaría en términos absolutos la impugnación de actos de carácter normativo a través de un procedimiento judicial, sin analizar específicamente si existe algún grado de afectación de derechos fundamentales justiciables, limitándose a formular una relación de otros mecanismos jurídicos de reacción frente a la antijuridicidad de los decretos supremos reglamentarios distintos a acciones judiciales.

En ese orden de ideas, si se realiza un análisis comparativo entre el criterio que descarta el control jurídico del reglamento mediante la acción de protección con el razonamiento esgrimido en los anteriores pronunciamientos de la Corte Suprema, que concibe al recurso de protección como una especie de *recurso por exceso de poder* sobre la base de la afectación de un

<sup>30</sup> Respecto a la configuración de este principio en el ámbito nacional véase: ROMÁN CORDERO 2009, 353-393. Por su parte, en el derecho comparado la configuración del principio en cuestión ha sido abordado en el ámbito específico del control jurídico de los reglamentos por GARCÍA DE ENTERRÍA 1998, 245 - 295

<sup>31</sup> CORDERO VEGA 2016, 3.

derecho constitucional justiciable, bien podrían formularse dos lecturas: i) el razonamiento de la Corte descarta la tutela de derechos fundamentales que podrían ser afectados por el reglamento impugnado; o bien ii) un reglamento no es un acto susceptible de vulnerar un derecho fundamental, ya que su mera dictación es idónea únicamente de intervenir la esfera de intereses legítimos (categoría no tutelada por el recurso de protección), mientras que la afectación de un derecho fundamental se verificaría únicamente mediante un acto de aplicación de dicho producto normativo.

Dicho de otro modo, bien podría sostenerse que la generación de normas administrativas incide en la esfera de los intereses, mientras que la aplicación de dichos productos normativos, constituyen actos susceptibles de intervenir de forma más directa el contenido protegido de un derecho fundamental.

Esta última tesis parecería conformarse más con un intento de coherencia en relación a los sistemas de justicia administrativa y a los elementos que caracterizan los distintos tipos de acciones contenciosas administrativas<sup>32</sup>.

#### 4. Perspectivas acerca de la impugnación de normas administrativa a través del recurso de protección

En otro orden de ideas, cabe señalar que en opinión de Ferrada Bórquez los efectos de un fallo favorable en un recurso de protección interpuesto para impugnar un acto administrativo de efectos generales o de naturaleza reglamentaria, van mucho más allá de la denominada cosa juzgada formal, ya que la sentencia produce un efecto sobre el fondo de la cuestión debatida, es decir, cosa juzgada sustancial o material, afectando con ello la validez y eficacia del acto, expulsándolo del ordenamiento jurídico, lo que no solo impide al órgano de la administración del Estado recurrido aplicar ese acto administrativo impugnado y dejado sin efecto por el tribunal, sino que realmente queda imposibilitado de ejecutarlo en el futuro en contra del recurrente o cualquiera otra persona.<sup>33</sup>

En ese contexto, de admitirse una suerte de cosa juzgada formal o provisional, implicaría el deber del órgano administrativo de incoar un procedimiento declarativo a objeto de lograr la declaración judicial de validez y vigencia del acto administrativo impugnado, circunstancia que en relación a actos de contenido general o reglamentario, puede tornar en ineficaz la actuación administrativa, atendida la demora en la satisfacción de los intereses públicos involucrados<sup>34</sup>.

El autor citado concluye que este efecto de cosa juzgada sustancial o material de las sentencias estimatorias "supone unos alcances mayores del

<sup>32</sup> Respecto a los sistemas de justicia administrativa y los caracteres de las distintas acciones contenciosas administrativas, por todos: FERRADA 2012, 103-126.

<sup>33</sup> FERRADA 2013, 235.

<sup>34</sup> FERRADA 2013, 236.

fallo, no reconocido ni valorado suficientemente por la doctrina y jurisprudencia nacional”<sup>35</sup>.

En nuestra opinión, la ordinamentación que provoca una norma reglamentaria afectada con un vicio de antijuridicidad (ilegalidad o arbitrariedad) y que esté destinado a incidir de manera más o menos directa en la esfera de actuación de los particulares, bien podría constituir un acto susceptible de afectar en grado de amenaza algún derecho fundamental justiciable mediante la acción de protección, en la medida que exista una posibilidad cierta de que dicha norma sea aplicada modificando la situación jurídica de un sujeto, de manera que concurriendo los presupuestos para la procedencia de una acción de protección (antijuridicidad e intervención de un derecho fundamental), dicho arbitrio si constituiría una vía idónea para la impugnación del reglamento.

No hay que olvidar que el recurso de protección es una acción dispuesta para la tutela de derechos fundamentales, y por ello, las críticas asentadas por la doctrina no deben orientar a los operadores jurídicos a estimar una improcedencia en términos generales y absolutos en el ámbito contencioso administrativo, sino que al contrario, bien pueden concebirse como una herramienta útil, contribuyendo a refinar el sistema de justicia administrativa y la tutela de derechos fundamentales en ese ámbito particular.

Por otra parte, cabe señalar que las disquisiciones respecto a la idoneidad del recurso de protección como vía para obtener la nulidad con efectos generales de una disposición reglamentaria, encuentran quizás una vía de solución en *la inaplicación de los reglamentos*, técnica empleada antiguamente en nuestro sistema de justicia administrativa, pero a su vez poco explorada por la Doctrina.

### III. La inaplicación de reglamentos

#### 1. Concepto

En términos generales la inaplicación de normas consiste en una omisión fundada y legítima del juez respecto a resolver conforme a los criterios indicados en una norma dada. Es fundada porque no deriva del arbitrio o ignorancia del jurisdicente, y es legítima porque a través de ella el juez se mantiene dentro de la juridicidad<sup>36</sup>.

“La *inaplicación del reglamento* se materializa en una resolución judicial por la cual se deja sin aplicación para una causa particular un reglamento ilegal. Se trata de una manera indirecta de impugnar una norma reglamentaria: “lo que se le pide al juez es que no aplique el reglamento en un caso concreto”. Ahora bien, esta excepción de ilegalidad no hace caer el Reglamento, sino que lo hace simplemente estéril en el caso concreto, lo que se podrá

<sup>35</sup> FERRADA 2013, 236.

<sup>36</sup> NÚÑEZ 2012, 191-236.

repetir en miles de casos distintos, pero sin que esta excepción de ilegalidad tenga eficacia erga omnes, puesto que no lo anula”<sup>37</sup>.

## 2. La inaplicación en ordenamientos comparados

### i) *Fundamentos*

En el Derecho español el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece expresamente el deber de inaplicar los reglamentos que sean contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa<sup>38</sup>, mientras que en Francia la jurisprudencia empleó la expresión “excepción de ilegalidad”, para referirse a la facultad de los tribunales para inaplicar reglamentos ilegales en aquellos casos en los que un ciudadano alegaba que no podía ser condenado por la infracción de una norma administrativa ilegal<sup>39</sup>.

Para García de Enterría, esta técnica encuentra su fundamento en la circunstancia de que dicho sistema jurídico contempla como sanción ante la ilegalidad de un reglamento “la nulidad de pleno derecho”, lo que implica una ineficacia automática, total, perpetua e insanable, que obliga a que antes de aplicar un reglamento, se contraste la conformidad de este con las leyes, ya que la mera publicación de un reglamento no impone su aplicación sin más, sino únicamente después de cuestionarse por todos los operadores jurídicos que su aplicación no significa la inaplicación de una ley<sup>40</sup>.

No obstante, Domenech sostiene que no resulta correcto afirmar que todas las ilegalidades de las normas jurídicas sean sancionadas con la nulidad de pleno derecho<sup>41</sup>, ello, en consideración a que las reglas que determinan si una disposición reglamentaria es nula, anulable o irregular son diferentes según la ilegalidad afecte el contenido de la disposición o a los restantes elementos de esta, distinguiendo principalmente entre “los vicios de contenido normativo y los vicios de pro-

<sup>37</sup> CORDERO QUINZACARA 1994, 150 citado por MORAGA 2010, 61.

<sup>38</sup> “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

<sup>39</sup> DOMENECH 2001, 61.

<sup>40</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2015, 249; No obstante, los mismos autores reconocen distintos grados de invalidez de los actos administrativos, distinguiendo entre nulidad de pleno derecho, anulabilidad e irregularidades no invalidantes. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2015, 658-693.

<sup>41</sup> En síntesis el autor sostiene que existió un quiebre del dogma de la nulidad, propiciado principalmente por “la prematura e imprudente extensión de su ámbito de aplicación a cualquier ilegalidad que pudiese padecer una norma jurídica, fundamentalmente a los vicios de procedimiento”. DOMENECH 2002, 177.

cedimiento”, y “las ilegalidades que afectan valores materiales y a los valores formales”<sup>42</sup>.

El autor concluye que para responder el problema derivado de las ilegalidades que determinan la inaplicación de los reglamentos “hay que abordar dos grupos de cuestiones. En primer lugar, debe estudiarse si en nuestro Derecho puede hablarse de nulidad, anulabilidad e irregularidad no invalidante de los reglamentos y las diferentes consecuencias jurídicas que esta distinción comporta respecto de su inaplicación judicial. En segundo lugar, debe precisarse en qué medida el principio de seguridad jurídica exige que deban, o no, aplicarse los reglamentos viciados en cuanto al procedimiento establecido para elaborarlos” (sic)<sup>43</sup>.

ii) *Inaplicación y su relación con la inderogabilidad singular y la presunción de validez de actos administrativos*

En otro orden de ideas, se ha precisado acertadamente que la técnica de la inaplicación de los reglamentos es compatible con la regla de la *inderogabilidad singular del reglamento*<sup>44</sup>, toda vez que el principio de legalidad conduce a inaplicar las normas que no se conformen con el ordenamiento jurídico<sup>45</sup>, mientras que la derogación singular no implica necesariamente una contradictoriedad a derecho de la disposición reglamentaria en cuestión, sino su inobservancia para en un caso particular fuera de una hipótesis de excepción prevista en la propia norma.

Además para el autor referido, esta técnica es también compatible con la presunción de legalidad de los reglamentos, la que tiene un carácter *iuris tantum*, destructible mediante prueba en contrario, de manera que a su juicio no existiría razón para negar la posibilidad de inaplicar un reglamento cuando pueda evidenciarse que dicha norma es inválida<sup>46</sup>. Por otra parte, dicha presunción de validez es también pregonable respecto de las leyes y la Constitución, de manera que no existiría razón para resolver la antinomia entre dos normas presuntamente válidas a favor de la norma reglamentaria que es inferior jerárquicamente. Tal criterio tiene una estrecha vinculación con la aplicación del criterio de *jerarquía normativa* en la solución de antinomias.

<sup>42</sup> DOMENECH 2002, 110.

<sup>43</sup> DOMENECH 2002, 76.

<sup>44</sup> El fundamento de la inderogabilidad singular del reglamento radica en el principio de legalidad de la administración, organización que se encuentra sometida a todo el ordenamiento jurídico y por tanto también a sus propios reglamentos, de manera que al no prever expresamente dichas normas, hipótesis de excepción, la derogación singular sería en estricto rigor una infracción al reglamento. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2015, 233.

<sup>45</sup> DOMENECH 2001, 68.

<sup>46</sup> DOMENECH 2001, 76.

Las reflexiones esbozadas anteriormente permiten delimitar el ámbito que tendría la inaplicación reglamentaria como mecanismo contencioso administrativo y su adecuada coordinación (o compatibilidad) con otras tesis relacionadas con las normas reglamentarias.

### 3. La inaplicación de reglamentos en Chile

En Chile, esta técnica fue usada en el contexto de la debilidad histórica del sistema chileno de control jurisdiccional de los actos de la Administración, concepción que propiciaba espacios de deferencia de parte de los poderes Legislativo y Judicial. La inaplicación del reglamento fue, por lo mismo, un "sucedáneo utilizado por los tribunales de justicia, en razón de no poder o no querer anular las decisiones del Gobierno"<sup>47</sup>.

Luego de la reforma constitucional introducida por la ley 18.825 de 17 de agosto de 1989, no es usual encontrar casos en que se utilice esta técnica, aun cuando se reconoce la plena competencia de los tribunales ordinarios para conocer de los asuntos contencioso administrativo. Sin perjuicio puede destacarse el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 1991, por el cual señala: "[...] los reglamentos deben subordinarse a las leyes y al modificar o contradecir a estas, carecen de fuerza obligatoria, como quiera que en el ejercicio de su potestad reglamentaria el Presidente de la República debe obrar dentro de los términos de la ley. Exclusivamente encuadrándose dentro de este marco, las normas que dicte serán obligatorias para el cumplimiento y ejecución de la misma. La disposición de un reglamento en contradicción con la ley respectiva carece de fuerza legal y no debe aplicarse, aunque se haya dictado so pretexto de aclarar o interpretar esta última"<sup>48</sup>.

Sin embargo, para un sector de la doctrina actualmente no es admisible inaplicar un reglamento, ya que desde 1989 los tribunales ordinarios son competentes para conocer de la acción de nulidad de un acto, materia que es de lato conocimiento. Ello, a su vez implica descartar la posibilidad de obtener dicha declaración a través de un recurso de protección, debido a que esta acción tiene por objeto el amparo de derechos fundamentales<sup>49</sup>.

Además la inaplicación de un reglamento implicaría una especie de control difuso e indeterminado, en que no existiría un procedimiento idóneo de reclamación y cualquier juez podría desaplicar el reglamento respectivo, lo que sería de alguna forma pernicioso para la coherencia de nuestro sistema jurídico en que la Constitución atribuye

<sup>47</sup> CORDERO QUINZACARA 1994, citado por MORAGA 2010, 61.

<sup>48</sup> VÁSQUEZ CORTEZ, *Osvaldina* (1991), citado por CORDERO QUINZACARA 2016, 30.

<sup>49</sup> CARMONA 2001, 54-55.

potestades expresas y competencia acotada para conocer de reglamentos inconstitucionales o de aquellos que invaden la reserva legal<sup>50</sup>.

Finalmente, se ha sostenido que en virtud del carácter obligatorio de los reglamentos como normas jurídicas, no releva al juez de su observancia, a menos que se declare su nulidad a través de un procedimiento idóneo<sup>51</sup>.

#### 4. Reconstrucción de los fundamentos para la inaplicación de reglamentos

En nuestro ordenamiento, a diferencia del Derecho español, no existe una norma que contemple explícitamente un mandato a los órganos que ejercen jurisdicción que los obligue a desaplicar reglamentos contrarios a derecho, no obstante, tampoco existen disposiciones que expresamente proscriban dicha posibilidad.

En opinión de Cordero Quinzacara "Los jueces como órganos del Estado, tienen del deber de someterse a la Constitución y a las *normas dictadas conforme a ella*. Por tanto, frente al deber de otorgar tutela judicial efectiva y ejercer sus poderes jurisdiccionales (artículo 19 N° 3 y 76 de la Constitución), no parece existir justificación de eximirlos del deber de desconocer los efectos de un reglamento que sea contrario a la Constitución o la ley"<sup>52</sup>.

En ese contexto, la regla contenida en el artículo 6 de la Carta Fundamental, constituye la norma basal para atribuir competencia material de los órganos que ejercen jurisdicción para desaplicar normas jurídicas que no se conformen con el ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes.

Partiendo de esa base, se proponen como presupuestos metodológicos el examen de elementos objetivos y subjetivos que podrían incidir en el ámbito de la inaplicación reglamentaria.

##### i) *Elementos objetivos*

En consideración al carácter normativo y ordinamental de las normas reglamentarias, resulta pertinente esbozar el esquema propuesto por el profesor Manuel Núñez Poblete respecto a ciertos presupuestos que determinarían la desaplicación de las leyes en nuestro sistema jurídico<sup>53</sup>:

- Desaplicación sin antinomia, configuradas por una i) anomia, consistente en la falta de algunos elementos normativos que completan

<sup>50</sup> CARMONA 2001, 56.

<sup>51</sup> CARMONA 2001, 56.

<sup>52</sup> CORDERO QUINZACARA 2016, 31.

<sup>53</sup> NÚÑEZ 2012, 191-236.

la eficacia de la norma y por ii) impertinencia<sup>54</sup>, que se traduce en que la norma no ordena la solución del caso<sup>55</sup>.

- Desaplicación por “antinomias no invalidatorias”, categoría que comprendería, la i) derogación tácita en virtud de la entrada en vigencia de una norma constitucional y la ii) desaplicación por imperativo superior. Esta última categorización comprendería: a) la preferencia a una norma no nacional; b) la preferencia a una norma más favorable, criterio que encontraría su justificación en la aplicación del principio *favor libertatis* o *pro persona*, lo que permitirá incluso matizar la jerarquía normativa, en el evento de encontrarse comprometidos derechos fundamentales en el asunto respectivo; c) la prevalencia de un criterio interpretativo formulado por un tribunal superior, como lo son las prevenciones interpretativas contenidas en las sentencias del Tribunal Constitucional; y d) desaplicación de criterios normativos rectores de la interpretación de la ley por aplicación de principios y valores constitucionales.

- Desaplicación por “antinomias invalidantes”, que configura el sentido más grave de las mismas, en razón de la falta de competencia, de procedimiento o de jerarquía<sup>56</sup>; y que se traduce en que, la única forma de eliminar el conflicto es la supresión de una de las normas en contradicción, lo que implica la dictación de un acto de autoridad, ya sea del poder legislativo (derogación) o bien de la autoridad jurisdiccional (inconstitucionalidad), de manera que la hipótesis de marras es claramente diferenciable de los actos de inaplicación particular que, presuponiendo la antinomia, no la eliminan en general, sino que la juzgan en particular.

Si bien este esquema está diseñado a fin de identificar los presupuestos que habilitan a la desaplicación de una norma de rango legal, creemos que no existen razones para no extrapolar los elementos que sean atingentes al carácter normativo de los reglamentos.

<sup>54</sup> En opinión del autor citado, la falta de pertinencia “es más compleja de lo que parece”, ya que “puede llegarse a dicha conclusión de modo voluntarista, mediante ejercicios de acomodación interpretativa o ella simplemente puede derivar, por la misma vía interpretativa, en alguna forma de antinomia”. NÚÑEZ 2012, 199.

<sup>55</sup> Un buen ejemplo de impertinencia aparece en: *Rudolphy Fontaine con Instituto de Salud Pública de Chile* (2014), sentencia en la que se constata que la norma reglamentaria en que se funda la sanción impuesta a un laboratorio, habría entrado en vigencia dos años después de la fiscalización efectuada, circunstancia determinante para su inaplicación en el caso.

<sup>56</sup> En lo referente a los criterios para resolver los conflictos normativos que se presentan en nuestro sistema de fuentes plural y complejo, por todos: CORDERO QUINZACARA 2009, 11-49.



En efecto, el doble carácter que ostentan los reglamentos, en que por una parte, tienen una naturaleza normativa y ordinal<sup>57</sup>, y por otro lado, son considerados por nuestro ordenamiento positivo como actos administrativos<sup>58</sup>, nos conducen a analizar su inaplicación desde su doble perspectiva.

ii) *Elementos subjetivos para la inaplicación de reglamentos y su vinculación con la justicia administrativa de plena jurisdicción*

Las acciones contenciosas-administrativas de plena jurisdicción tienen por objeto la declaración o negación de un derecho respecto de un particular y, para tal cometido, el juez tendría amplios poderes para disponer cualquier decisión que considere útil y consistente con la pretensión del actor, incluso declaraciones de derechos, condenas pecuniarias y anulación de actos administrativos. Este tipo de acciones tendrían un plazo más amplio que las contenciosas objetivas (nulidad), ya que solo afectarían a las personas que intervinieron en el litigio, toda vez que el contenido de la sentencia se relaciona con el reconocimiento de un derecho de un particular, pero sin afectar la validez general de la actuación administrativa formal, lo que permite conservar la presunción de legalidad del acto y consecuentemente la seguridad jurídica para los demás afectados o interesados por la actuación administrativa<sup>59</sup>.

En nuestra opinión la inaplicación reglamentaria constituye una técnica de control judicial de la actividad administrativa de *plena jurisdicción*, dado que a través de ella no se persigue la nulidad del reglamento con efectos generales, sino únicamente su no aplicación en un caso particular, con el objeto específico de tutelar derechos e intereses legítimos, susceptibles de ser afectados por la aplicación de una norma afectada de un vicio de ilegalidad.

Es esta característica la que determina la compatibilidad de la inaplicación de un reglamento en un caso particular con la presunción de legalidad que ostentan los reglamentos en conformidad lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 19.880, ya que de esta manera la norma reglamentaria se mantiene válida y vigente para la generalidad de los casos, lo que es también congruente con el carácter concreto que supone el control jurídico en la aplicación de normas.

<sup>57</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2015, 208; DOMENECH 2002, 185 – 195.

<sup>58</sup> CORDERO QUINZACARA 2010, 26.

<sup>59</sup> FERRADA 2016, 326.

4. La inaplicación en la jurisprudencia reciente y su utilización en el contexto del recurso de protección

En algunos de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema relativos a la impugnación de reglamentos a través del recurso de protección, se ha referido que el control judicial de este tipo de normas, es “sin perjuicio de la verificación sobre la legalidad del reglamento con ocasión de un recurso contra un acto particular de aplicación”<sup>60</sup>, enunciado que pareciera estar orientado a reconocer la inaplicación de reglamentos como un remedio eficaz ante la infracción de la legalidad reglamentaria.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema en un fallo reciente, constató la existencia de un vicio de ilegalidad consistente en la “desviación de poder” de parte de un municipio en la modificación de una ordenanza sobre cobro de derechos municipales, y resolvió acoger un recurso de protección deducido, pero circunscribiendo sus efectos a que dicho arbitrio debe entenderse acogido “en el sentido que no puede ser aplicable a la recurrente la modificación de la Ordenanza de Cobro de Derechos Municipales” (sic)<sup>61</sup>. Cabe destacar que la Corte de Apelaciones de Rancagua inicialmente había acogido el recurso disponiendo dejar sin efecto el decreto exento que modificaba la respectiva ordenanza.

En el esquema propuesto, el análisis del fallo sugiere una serie de problemas interesantes para el presente trabajo: i) carece de motivación respecto a la decisión de limitar los efectos de la sentencia disponiendo únicamente la inaplicación de la nueva ordenanza en vez de su nulidad; ii) constata un vicio de ilegalidad, pero no anula derechamente el reglamento; y iii) utiliza la inaplicación como una especie de herramienta sustitutiva de la declaración de nulidad.

Por cierto, es relevante indicar que el razonamiento de la Corte se encuentra precedido de un conjunto de pronunciamientos que se enmarcan dentro de dos tendencias: i) aquellas que estiman posible la impugnación con efectos generales de un reglamento a través de un recurso de protección, y ii) otros pronunciamientos que descartan la impugnación de normas con efectos generales, por esta vía, admitiendo únicamente la impugnación de actos singulares de aplicación.

<sup>60</sup> En ese sentido puede consultarse la parte final del motivo 6° de las sentencias: *Agencia Acreditadora de Arquitectura Arte y Diseño de Chile S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia Acreditadora Akreditaqa Quality Assessment S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015); *Agencia de Acreditación y Evaluación de Educación Superior S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015).

<sup>61</sup> *Ortiz Mella con Ilustre Municipalidad de Santa Cruz* (2016).

Si bien la sentencia no entra al fondo del análisis de sus efectos en concordancia al estado de la discusión, y parece disponer la inaplicación sobre la base de que dicha técnica es una solución cuya pertinencia no se encuentra discutida, tiene una relevancia significativa para el estado de la discusión sobre la impugnación de normas administrativas a través de un recurso de protección.

Es precisamente el efecto relativo de la sentencia lo que abre un espacio importante para la tutela judicial efectiva en relación con la impugnabilidad de la ilegalidad reglamentaria, ya que permite superar la resistencia a estimar una pretensión anulatoria en contra de un reglamento, propiciando de esta manera un control jurídico de carácter concreto en la aplicación de normas<sup>62</sup>, lo que a su vez contribuye a conservar la validez y vigencia (en términos generales) del respectivo reglamento.

Esto es relevante, especialmente, si se considera la importancia cuantitativa y cualitativa de las normas reglamentarias en el sistema de fuentes.

Además, un examen abstracto de juridicidad no siempre logra evidenciar con claridad y completitud los problemas que podrían suscitarse en la aplicación de las normas, particularmente en lo relativo a sus efectos, lo que incide en la necesidad de identificar o establecer mecanismos de control concreto de legalidad de la actividad administrativa.

De esta forma, la inaplicación reglamentaria constituye un mecanismo efectivo de control jurídico, y a su vez permite una mayor operatividad de los principios de *conservación*, *seguridad jurídica* y *proporcionalidad* como herramientas destinadas a mitigar la invalidez de los reglamentos<sup>63</sup>, contribuyendo de esta manera a la satisfacción de la finalidad de interés público subyacente en la potestad reglamentaria.

## Conclusiones

En nuestro sistema mixto y pluriforme de justicia administrativa<sup>64</sup>, actualmente se discute la idoneidad del recurso de protección como mecanismo de impugnación de normas reglamentarias.

En ese contexto, sostenemos que los problemas identificados por la doctrina en la utilización de este arbitrio constitucional como susti-

<sup>62</sup> Respecto a los elementos que configuran el control concreto y su evolución en los sistemas de justicia constitucional, PICA FLORES 2009, 101-136.

<sup>63</sup> Respecto a los elementos que permiten sostener la validez de una reglamento ilegal, véase: DOMENECH 2002, 216 - 245.

<sup>64</sup> VERGARA 2014, 269-292.

tuto imperfecto de un contencioso administrativo general<sup>65</sup>, no debe orientar a los operadores a afirmar en términos absolutos su improcedencia en este ámbito, sino que al contrario, tales críticas bien podrían tener un efecto útil contribuyendo a refinar en la praxis la vinculación entre justicia administrativa y derechos fundamentales, en espera de cambios relevantes a nivel normativo.

En el estado de esta discusión, es relevante considerar que para un sector de la doctrina la sentencia estimatoria de un recurso de protección dirigido a la impugnación de normas reglamentarias, es susceptible de provocar cosa juzgada material y no meramente formal. En nuestra opinión, dicha característica sería propicia (mas no determinante en términos absolutos), para sostener a través de esta acción la nulidad de un reglamento, en la medida que concurran los presupuestos para que opere dicha acción, teniendo especial relevancia la magnitud y notoriedad de la antijuridicidad del reglamento respectivo.

Por su parte, la inaplicación reglamentaria es una técnica de control contencioso administrativo de *plena jurisdicción*, que se materializa en una resolución judicial que dispone la no aplicación de un reglamento en un caso concreto, decisión que solo tiene efecto en la respectiva gestión.

En nuestro ordenamiento a diferencia del Derecho español, no existe una norma que expresamente contemple un deber de desaplicar reglamentos contrarios a derecho. No obstante, el contenido de la regla prevista en el artículo 6 de la Carta Fundamental permite sostener la competencia material de los órganos que ejercen jurisdicción para no aplicar las normas jurídicas que no se conformen con el ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes.

En ese orden de ideas, se proponen como presupuestos metodológicos para el examen de la inaplicación reglamentaria, el análisis de elementos de derecho objetivo (anomias, impertinencia, antinomias) y de índole subjetivo (protección de derechos e intereses legítimos, según corresponda).

Para concluir, cabe señalar que la inaplicación de un reglamento es una pretensión susceptible de ser sostenida a través de un recurso de protección, y presenta ventajas significativas, en comparación a la pretensión de nulidad con efectos generales, contribuyendo con ello a la tutela judicial del ciudadano, el control jurídico de las normas reglamentarias y a su vez permite mantener la validez y vigencia en términos generales de la respectiva norma.

---

<sup>65</sup> En ese sentido: VERGARA 2014, 276-277.

## Bibliografía citada

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters), 830 pp.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2001): "Tres problemas de la Potestad Reglamentaria: legitimidad, intensidad y control", en: *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, vol. 3, pp. 29-62.
- CARMONA SANTANDER, Carlos (2005): "El contencioso administrativo entre 1990 y 2003", en: FERRADA BÓRQUEZ [Coord.]: *La Justicia Administrativa* (Santiago, LexisNexis), pp. 183 - 240.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (1994): *La potestad reglamentaria en el Derecho Público Chileno, memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho* (Valparaíso), 297 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2009): "Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno", en: *Revista Ius et Praxis*, año 15 - N° 2, pp. 11-49.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2010): "Las normas administrativas y el sistema de fuentes", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios*, año 17 - N° 1, pp. 21-50.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2015): "Naturaleza, contenido y principios del Derecho Urbanístico Chileno", en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios*, año 22 - N° 2, pp. 93-138.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2016): *El control jurisdiccional de los Reglamentos*, inédito (Valparaíso) 33 pp. En prensa.
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters), 822 pp.
- CORDERO VEGA, Luis (2016): "El control judicial del Reglamento", en *El Mercurio Legal*, disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2016/08/30/El-control-judicial-del-Reglamento.aspx> [fecha de consulta: 28 de julio de 2017].
- DOMENECH, Pascual (2001): "La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales", en *Revista de Administración Pública* N° 155, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17537> [fecha de consulta: 3 de abril de 2017].
- DOMENECH, Pascual (2002): *La Invalidez de los Reglamentos* (Valencia, Tirant lo Blanch), 558 pp.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y CAZOR ALISTE, Kamel (2003): "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIV, pp. 67-81.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2005): "El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo", en: FERRADA BÓRQUEZ [Coord.]: *La Justicia Administrativa* (Santiago, LexisNexis), pp. 129-164.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011): "Los procesos administrativos en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 36, pp. 251-277.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2012): "El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses", en: *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 25, N° 1, pp. 103-126.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2013): "La legitimación activa en los procesos administrativos anulatorios en el derecho chileno", en: FERRADA BÓRQUEZ [coord.]:

- La nulidad de los actos administrativos en el Derecho Chileno* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 157 - 187.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2016): "La clasificación de los recursos o acciones contencioso-administrativas en el Derecho Administrativo Chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro derecho y su aplicación jurisprudencial", en: FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, BERMÚDEZ SOTO, Jorge y URRUTIA SILVA, Osvaldo [coords.]: *Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo Chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), pp. 321 - 341.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2015): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Editorial Civitas), T I, 865 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2015): *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, Editorial Civitas), T II, 751 pp.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962): "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", en *Revista de Administración Pública España*. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112627.pdf> [fecha de consulta: 14 de abril de 2017].
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1998): *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (Madrid, Editorial Civitas) 374 pp.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo VII, La Actividad Formal de la Administración del Estado* (Santiago, Abeledo Perrot), 606 pp.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, año 19 - N° 2, pp. 191-236.
- PICA FLORES, Rodrigo (2009): "El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, año 11 - N° 2, pp. 101-136.
- ROMÁN CORDERO, Cristian (2009): "La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el Derecho Público Chileno y sus mecanismos de control", en: *Aida. Opera Prima de Derecho Administrativo*. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-primaderecho-admin/article/view/1437/1338> [fecha de consulta: 28 de agosto de 2017].
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1991): *Fundamentos de Derecho Administrativo I* (Madrid, Editorial Ramón Areces, S.A.), 1244 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1984): *El Recurso de Protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 582 pp.
- TSHORNE VENEGAS, Samuel (2005): "Bases constitucionales de lo contencioso administrativo", en: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, pp. 875- 924.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2014): "El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot", en: *Anuario de Derecho Público* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), pp. 269-292.

## Normas citadas

### Normas nacionales

Decreto con Fuerza de Ley N° 100, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.

Ley N° 18.825, Modifica la Constitución Política de la República. *Diario Oficial*, 17 de agosto 1989.

Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

#### Normas extranjeras

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre 1978.

Ley N° 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. *Boletín Oficial del Estado* (España), 14 de julio 1998.

Ley N° 6/1985, Orgánica del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado* (España), 2 de julio 1985.

#### Jurisprudencia citada

*Rudolphy Fontaine con Instituto de Salud Pública de Chile* (2014): Corte Suprema, 18 de junio de 2014, Rol N° 6671-2014.

*Agencia Acreditadora Akreditaqa Quality Assessment S.A. con Comisión Nacional de Acreditación* (2015): Corte Suprema, 11 de agosto de 2015, Rol N° 6369-2015.

*Agencia Acreditadora de Arquitectura Arte y Diseño de Chile S.A con Comisión Nacional de Acreditación* (2015): Corte Suprema, 11 de agosto de 2015, Rol N° 6363-2015.

*Agencia de Acreditación y Evaluación de Educación Superior S.A con Comisión Nacional de Acreditación* (2015): Corte Suprema, 11 de agosto de 2015, Rol N° 6370-2015.

*Sociedad Educacional Alcántara Ltda. y Otros con Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de Educación y Subsecretaría de Educación* (2016): Corte Suprema, 17 de mayo de 2016, Rol N° 4241-2016.

*Residentes de Cirugía con Ministerio de Salud* (2016): Corte Suprema, 7 de junio de 2016, Rol N° 19.309-2016.

*Ortiz Mella con Ilustre Municipalidad de Santa Cruz* (2016): Corte de Apelaciones de Rancagua, 22 de julio de 2016, Rol N° 1674-2016.

*Poblete Novoa Paola Angélica Contra Presidenta de la República y Otros* (2016): Corte Suprema, 3 de agosto de 2016, Rol N° 23725-2016.

*Ortiz Mella con Ilustre Municipalidad de Santa Cruz* (2016): Corte Suprema, 29 de diciembre de 2016, Rol N° 55119-2016.

*Pérez Verde-Ramo Álvaro contra Abbott Charme Jorge* (2017): Corte Suprema, 04 de julio de 2017, Rol N° 6132-2017.