



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl

doi 10.22199/issn.0718-9753-2020-0016
DERECHO



Coquimbo
ISSN: 0718-9753 (En línea)

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales. ¿El germen del control difuso de constitucionalidad?

Tacit derogation of pre-constitutional legal precepts. *The germ of the judicial review?*

Miriam Henríquez Viñas ¹  <https://orcid.org/0000-0002-5900-9347>

¹Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Profesora Asociada de Derecho Constitucional. Abogada. Doctor en Ciencias Jurídicas, U. de Santiago de Compostela (España).

 mhenrique@uahurtado.cl



Resumen:

Se examina los fundamentos esgrimidos para afirmar la facultad de los jueces para declarar tácitamente derogada una norma legal previa que contradice una norma constitucional posterior. Esto con el objetivo de verificar si existen razones para sostener que, en nuestro ordenamiento constitucional, impera un régimen de invalidación-inaplicación que combina elementos del control de constitucionalidad difuso radicado en la justicia ordinaria con uno concentrado en el Tribunal Constitucional. Para ello se revisan los argumentos de la doctrina constitucional reciente y se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema entre septiembre del año 2005 a diciembre de 2018 en sede de protección y recurso de casación en el fondo.

Palabras Clave: Derogación tácita; Preceptos preconstitucionales; Control de constitucionalidad; Control difuso; Jurisprudencia constitucional.

Abstract:

The fundamental funds are analyzed to affirm the faculty of the judges to declare tacitly derogation of previous legal norm that contradicts a later constitutional norm. This has the objective of verifying if there are reasons to say that, in our constitutional order, a system of invalidation-non-application governs elements of judicial review based on ordinary justice with that concentrated in the Constitutional Court. So the arguments of the recent constitutional doctrine are reviewed and the jurisprudence of the Supreme Court is analyzed between september 2005 and december 2018 regarding in the action of protection and of the cassation recourse.

Keywords: Tacit derogation; Pre-constitutional precepts; Control of constitutionality; Judicial review; Constitutional jurisprudence.

Fecha de recepción: 10 de enero de 2019 | Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2019

Introducción

En los últimos años, se ha intensificado el debate sobre la facultad de los tribunales de justicia para declarar tácitamente derogado un precepto legal preconstitucional que contradice una norma constitucional posterior, así como la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional para declarar la inaplicabilidad e inconstitucionalidad sobreviniente o sobrevenida de dichos preceptos legales preconstitucionales. El problema se sitúa en la incompatibilidad entre normas de distinta jerarquía, siendo la norma superior también posterior, en cuyo caso en la solución de la antinomia confluyen dos criterios: jerárquico y cronológico.

La discusión se origina en la consideración de la Constitución como fuente del Derecho directamente aplicable, y se acentúa a partir de la reforma constitucional de 2005 que concentró en el Tribunal Constitucional la función de velar por la supremacía de la Constitución.

La materia objeto de análisis, ya se ha debatido en la presente Revista de Derecho. Muestra de lo anterior, son los artículos de los constitucionalistas Silva Irarrázaval (2011), Núñez Poblete (2012) y Silva Gallinato (2013). Tal debate se renovó con la dición en 2016 de la sentencia Rol N° 35236 y 35237, ambas de 30 de agosto de 2016. Estas sentencias, pero fundamentalmente la primera, fueron tratadas en artículos especializados, por ejemplo, por Henríquez Viñas (2017), Rojas Chamaca (2017), Zúñiga Urbina (2017) y Hube Portus (2017).

En tal contexto, la hipótesis del presente artículo afirma: con fundamento en la Constitución como fuente del Derecho con aplicación directa, los tribunales de justicia son competentes para resolver los conflictos que se suscitan entre una norma legal previa, eventualmente aplicable y decisiva para la resolución de un caso que contradice una norma constitucional posterior, facultad que de ningún modo configura una vía de control difuso de constitucionalidad.

Al alero de esta hipótesis, el objetivo planteado es analizar, en la doctrina nacional y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los fundamentos que permiten afirmar la facultad de los jueces para declarar tácitamente derogado un precepto legal antecedente que contradice una norma constitucional posterior. Esto, a fin de verificar si en nuestro ordenamiento jurídico, existen elementos que permitan sostener la coexistencia de un régimen de invalidación-inaplicación que combina elementos del control de constitucionalidad difuso y concentrado, radicado en la justicia ordinaria y en el Tribunal Constitucional respectivamente.

La contribución del estudio propuesto es doble. Por un lado, pretende delinear – tras la reforma constitucional de 2005 - el régimen de invalidación y de eficacia de la ley inválida, y el régimen de eficacia de los actos declarativos de esa invali-

dez. Esto es, quién (o quiénes) tienen competencia para enjuiciar la validez de la ley – anterior - y en qué condiciones ha de ejercerse esta competencia; y qué efectos jurídicos se atribuyen a los eventuales actos declarativos de la invalidez de las leyes (Gascón Abellán, 1997, p. 134). Por otro lado, exponer las dificultades que pueden generarse ante la coexistencia de órganos – de *facto* o de *iure* - de interpretación de la Constitución y de control de constitucionalidad. Fundamentalmente, si las decisiones de los órganos que ejercen esas funciones se pronuncian sobre asuntos semejantes con sentidos contrarios y, por ello, con consecuencias jurídicas diferentes para quienes demandan la aplicación de la Constitución.

Para el logro del objetivo planteado se propone:

- a) En primer lugar, exponer sucintamente en qué consiste la función del juez como aplicador del Derecho, y particularmente las consecuencias de ser un aplicador de la Constitución, además de las vías que debe seguir cuando se enfrenta a conflictos entre normas jurídicas aplicables al caso;
- b) Tomando como punto de partida lo afirmado, reconocer las posiciones de la doctrina nacional sostenidas tras la reforma constitucional de 2005, a fin de identificar las tesis sobre la facultad de los tribunales ordinarios para declarar tácitamente derogado un precepto legal contrario a la norma constitucional posterior, y la incidencia de aquellas en la concepción del actual modelo de justicia constitucional;
- c) Luego, revisar a modo ejemplar una serie de fallos recientes de la Corte Suprema, a fin de establecer si el máximo tribunal afirma su competencia para declarar tácitamente derogado un precepto legal preconstitucional, la consistencia – en el sentido de precedente - de sus aseveraciones, los argumentos esgrimidos, y si estos dan cuenta del ejercicio de un control difuso de constitucionalidad; y
- d) Por último, proponer las respectivas conclusiones.

La metodología utilizada en la parte referida a las tesis de los autores nacionales, supone la revisión de los argumentos de la doctrina constitucional que ha tratado la materia, diferenciándolos en torno al reconocimiento de la facultad de los jueces para declarar tácitamente derogados los preceptos legales preconstitucionales; y si ese reconocimiento supone, a su vez, admitir un modelo de control difuso de constitucionalidad.

Por su parte, el análisis jurisprudencial implica la búsqueda y selección de las sentencias de la Corte Suprema entre septiembre del año 2005 a diciembre de 2018, principalmente en sede de protección y de casación en el fondo, bajo los parámetros de hallazgo “derogación tácita” y “aplicación directa”.

La doctrina y las sentencias que se estudian, corresponden a aquellas publicadas o dictadas con posterioridad a la reforma constitucional del año 2005, momen-

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

to en que se radicó el control posterior de los preceptos legales en el Tribunal Constitucional, otrora conocido por la Corte Suprema vía recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

El análisis jurisprudencial circunscrito a la Corte Suprema, no supone desconocer la valía de los pronunciamientos dictados por el Tribunal Constitucional en el mismo periodo sobre el asunto. Sin embargo, su estudio previo permite inferir que sus sentencias se circunscriben a analizar su competencia – a la que le atribuye un carácter exclusivo y excluyente- sin mención directa a las atribuciones de los tribunales de justicia. Por ende, su estudio no es idóneo para la comprobación de la hipótesis planteada.

1. La Constitución como fuente del Derecho directamente aplicable

En términos simples, la tarea de los jueces consiste principalmente en la aplicación de las normas generales a los casos concretos. De esta forma, en primer lugar, establecen los hechos del caso (determinación fáctica) y luego las normas jurídicas aplicables al mismo (determinación normativa). Sin embargo, en ciertos supuestos excepcionales los jueces se enfrentan a la ausencia de norma que resuelva el caso (laguna o vacío normativo), o a normas incompatibles aplicables al mismo caso de las cuales se derivan consecuencias contradictorias (antinomia). Entonces, previo a la decisión del asunto, los sentenciadores deben resolver las lagunas o antinomias que se le presenten. Para la solución de las antinomias o conflictos normativos - asunto que interesa en este trabajo -, los jueces se valen corrientemente de ciertos criterios – preconstituidos o no– tales como el denominado principio jerárquico, cronológico y de especialidad (Henríquez Viñas, 2013, p. 463).

En general, se entiende que las Constituciones escritas, rígidas, normativas, supremas y garantizadas jurisdiccionalmente son fuente del Derecho. La cuestión controvertida, es qué se entiende por ello. Guastini (2017) afirma que es posible concebir esta noción al menos en tres sentidos:

- a) Los enunciados constitucionales expresan normas jurídicas que regulan la organización del Estado, las funciones de las relaciones entre los órganos supremos y, en muchos casos, las relaciones entre Estados y ciudadanos;
- b) Las normas constitucionales, son idóneas para invalidar normas antecedentes de rango inferior materialmente incompatibles con ellas (invalidez sobrevinida), y para invalidar normas posteriores de rango inferior, formal o materialmente incompatibles con ellas;
- c) Las normas constitucionales, son idóneas para regular directamente las relaciones verticales entre el Estado y los particulares y horizontales entre particulares y que, por tanto, son susceptibles de aplicación jurisdiccional por parte de algún juez en cualquier controversia sometida a él (Guastini, 2017, p. 265).

Sin embargo, el mismo autor reconoce que el segundo entendimiento es menos obvio y controvertido (Guastini, 2017, p. 264-266).

A nuestro juicio, “lo controvertido” en nuestro medio radica en la idoneidad de las normas constitucionales para invalidar y/o derogar las normas “anteriores de rango inferior”, que se complejiza en aquellos casos con Constituciones que no afirman su carácter derogatorio. Un ejemplo de Carta Fundamental que sí afirma dicho carácter - y que no es una norma de derogación expresa - es la Constitución Española (1978) que señala: “*Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución*” (Disposición derogatoria, 3). La Constitución Política (2005) no contiene afirmación alguna de su carácter derogatorio. La disposición cuarta transitoria solo resuelve anticipadamente los casos de infracciones constitucionales – no contradicciones normativas – por vicios de competencia material. La referencia del artículo 94 a la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, señala que “...*el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*” (Constitución Política de Chile, 2015, art. 93) y no es propiamente a un efecto derogatorio sino invalidatorio. En un sentido coincidente con el expresado, es decir de la invalidez, Verdugo Ramírez (2008) concluye: “*Resulta evidente que -a raíz de lo expuesto- la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad no es la de ser una derogación de las leyes. En realidad, la sentencia derogatoria es un acto de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*” (p. 253). Así también lo reconoce Nogueira Alcalá (2010) cuando analiza los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad:

En esta materia cabe comentar que la Carta Fundamental utiliza una expresión jurídica ‘derogado’ que no es propia de un órgano jurisdiccional sino de un órgano legislativo, y de los efectos de la sucesión en el tiempo de las normas legislativas; en el ámbito de los órganos de jurisdicción constitucional la denominación jurídico técnica correcta es la de nulidad. La nulidad produce la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico. Así, para efectos jurídico-técnicos derogación equivale a nulidad, la que produce efectos desde que la sentencia se publica in extenso en el Diario Oficial... (p. 91).

Igualmente, Garrote Campillay (2012) reconoce efecto invalidatorio a la sentencia de inconstitucionalidad y dice: “*Opera como una sanción depuradora del ordenamiento jurídico. Dado que, la norma declarada inconstitucional es invalidada. Ésta dejará de formar parte del ordenamiento jurídico nacional. Lo que no es más que una consecuencia de lo dispuesto en el inciso final del artículo 7º de la CPRC...*” (p. 419).

Las normas del Código Civil (2000, arts. 52 y 53), así como las contenidas en la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes de 1861, si bien tratan sobre la derogación no brindan soluciones concluyentes para el supuesto de normas legales que contra-

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

dicen normas constitucionales posteriores, salvo que prima la norma posterior, ni reconoce competencia a órgano alguno para resolverla.

La presencia o ausencia de normas sobre la producción jurídica que determinan el efecto derogatorio es un elemento central en la ecuación planteada, puesto que, siguiendo a Gascón Abellán (1994, pp. 856-857), los efectos varían respecto de la vigencia o aplicación de la norma previa: a) Si no existe la norma que establece el efecto derogatorio, lo único que puede hacer el juez es salvar la antinomia dando preferencia a la norma posterior sobre la anterior. Es decir, el criterio de *la lex posterior* funciona como una simple regla de aplicación, dejando en consecuencia intactas las normas preteridas, que continúan vigentes, siendo posible aplicarlas en el futuro; y b) Si existe una norma sobre la producción jurídica que establece el efecto derogatorio, se determina la cesación de la vigencia de la norma anterior incompatible. Por cierto, en ninguno de estos supuestos está en entredicho la validez de la norma previa, a menos que la norma posterior sea constitucional.

La relación de los elementos expuestos, es decir la Constitución como fuente del Derecho directamente aplicable presenta, como adelantaba Guastini (2017), la problemática si la misma produce efectos invalidatorios o derogatorios respecto de las normas previas o preconstitucionales.

Cierta doctrina y jurisprudencia nacionales afirma que los jueces podrían, al decidir el Derecho aplicable - y siendo la Constitución parte de ese Derecho -, identificar una antinomia entre la norma legal previa y la norma constitucional posterior, desaplicando o declarando derogada la norma legal, por razón del criterio cronológico. Esto último encuentra sustento, además, en que la Constitución Política (2005) afirma su eficacia directa, al señalar que los órganos del Estado, entre ellos los jueces, deben someter su acción a la Constitución y que sus preceptos obligan "...tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo" (art. 6).

Pero también algunos autores y decisiones judiciales, mantienen que nuestro régimen de invalidación establece que ciertas normas que devinieron inválidas deben ser depuradas del ordenamiento jurídico, declarándolas inaplicables o inconstitucionales en virtud de la Constitución (2005, art. 93, n. 6 y 7). Para llegar a esta solución se aplica el criterio jerárquico, más precisamente el principio de supremacía constitucional. Estos mismos autores, rechazan la posibilidad de que los jueces ordinarios resuelvan el conflicto considerando la aplicación preferente de la norma constitucional posterior.

Se plantea así la problemática si la desaplicación¹ o declaración de derogación tácita² que formula el juez, es una función equivalente y con los mismos efectos que la declaración de inaplicabilidad³ o de inconstitucionalidad⁴. Sólo así podrá establecerse si tales declaraciones introducen un germen de control difuso de constitucionalidad en nuestro régimen de control de constitucionalidad.

2. Las tesis de los autores nacionales

2.1. Monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional e inconstitucionalidad sobrevenida

Para cierto sector de la doctrina, de la Constitución como fuente del Derecho directamente aplicable, no se colige la facultad de los jueces ordinarios para declarar la derogación tácita de los preceptos legales previos contrarios a la norma constitucional posterior. Cualquiera declaración en ese sentido sería equivalente a la declaración de inaplicabilidad o de inconstitucionalidad y, por ende, significaría una forma de control de constitucionalidad difuso no autorizada por la Constitución.

En este grupo destacan Vega Méndez, Zúñiga Urbina, Letelier Wartenberg, Hube Portus, Silva Gallinato y García Mechsner, quienes afirman que el conflicto entre la norma legal anterior y la norma constitucional posterior se resuelve mediante la declaración de sentencias estimatorias de inaplicabilidad o inconstitucionalidad por aplicación del criterio jerárquico, siendo competente solo el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, los énfasis argumentales entre estos autores varían. Así, Vega Méndez y Zúñiga Urbina (2006) expresan que la solución de la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales introduciría *“...el germen de un modelo difuso de jurisdicción constitucional, inconciliable con la concentración y monopolio del control de*

¹ A los fines de este trabajo, la desaplicación significa que el juez ordinario ante un conflicto normativo entre normas de distinta jerarquía podrá preterir la aplicación de la norma inválida al caso concreto, pero no podrá declarar su invalidez. Entendiendo, que de conformidad con la Constitución – artículos 93 y 94 - la invalidez de una norma vigente o aplicable sólo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional.

² A los fines de este trabajo se asume que la derogación tácita es el efecto de la aplicación del criterio cronológico. Respecto a la derogación tácita cabe afirmar: a) Está relacionada con la vigencia de la norma y no con su validez; b) Es un fenómeno perfectamente regular, cuyo fundamento es responder al cambio en el sistema jurídico; c) Requiere ser declarada, ya por un órgano jurisdiccional o un órgano aplicador del Derecho mediante un acto de interpretación al caso particular.

³ A los fines de este trabajo, se entiende que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal en un caso concreto se declara por el Tribunal Constitucional por aplicación del criterio jerárquico. La sentencia estimatoria de inaplicabilidad genera en el tribunal de la gestión la obligación de no aplicar el precepto legal a la solución del caso.

⁴ A los fines de este trabajo, la inconstitucionalidad de un precepto legal se declara por el Tribunal Constitucional por aplicación del criterio jerárquico o de competencia. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad produce efectos generales, *ex nunc*, es decir que la norma impugnada deja de pertenecer al orden jurídico, hacia el futuro, sus efectos no son derogatorios, sino invalidatorios.

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

constitucionalidad conferido al Tribunal Constitucional por la reforma constitucional de 2005” (p. 158).

Zúñiga Urbina además de recalcar la prerrogativa del control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, acentúa las siguientes dos nuevas explicaciones: a) *“...la derogación atañe a normas de igual o inferior rango jerárquico, excluida la Constitución...”* (Zúñiga Urbina, 2017, p. 432); y b) *“...la derogación opera en el marco de normas válidas”* (Zúñiga Urbina, 2017, p. 432). *“En este contexto nunca tiene más fuerza el acierto de que una ley válida inconstitucional es una contradictio in adjecto, puesto que la ley sólo puede ser válida fundándose en la Constitución”* (Zúñiga Urbina, 2017, p. 432).

Por su parte, Letelier Wartenberg brinda una variada gama de razones: a) La pretensión de especialización y uniformidad de la reforma constitucional de 2005, que *“...escasamente se lograría si cualquier juez pudiese inaplicar un precepto que, a su propio entender, considerase inconstitucional”* (Letelier Wartenberg, 2007, p. 551); b) La tradición constitucional chilena, *“Como bien sabemos, a lo largo de nuestra historia como República, nunca hemos evaluado positivamente entregar una facultad de inaplicación de las leyes de manera general a todos los jueces”* (Letelier Wartenberg, 2007, p. 551); c) La legitimación activa para deducir la acción de inaplicabilidad del juez de la gestión pendiente.

...resultaría entonces absurdo que para el caso en que una parte haga valer ante el juez la inconstitucionalidad de una ley este pueda inaplicarla directamente, pero cuando esa inconstitucionalidad se le revele solamente a él, no pueda hacerlo pues este será el preciso caso por el cual procederá elevar la cuestión de constitucionalidad de oficio. (Letelier Wartenberg, 2007, p. 553);

y d) *“El hecho de que las partes puedan presentar directamente su recurso ante el Tribunal Constitucional, revelaría la decisión de que sea este el único órgano competente para declarar la inaplicabilidad”.* (Letelier Wartenberg, 2007, p. 553).

A su vez, Hube Portus (2017) expone los siguientes argumentos:

...en la historia fidedigna de la reforma constitucional del 2005 queda constancia que el objetivo que se persiguió fue la instauración de un control de constitucionalidad concentrado de las leyes, sin distinguir si se trata de una ley con vigencia previa a la Constitución o posterior. (p. 229);

...no resulta procedente invocar el principio de supremacía constitucional como argumento para atribuirse –la Corte Suprema– una facultad que solo tiene el TC, y que solo es utilizada por la magistratura constitucional como excepción a la regla general, cual es declarar la inconstitucionalidad de una ley. (p. 232)⁵;

⁵ De lo contrario se violaría el principio del Estado de Derecho contenido en el artículo 7

... todos los tribunales ordinarios del país gozaran de la atribución de declarar inconstitucional una ley, se terminaría completamente con el control de constitucionalidad concentrado, suprimiendo la certeza jurídica en esta materia. (p. 233)

Silva Gallinato, afirmó en 2013 con motivo del comentario al caso Comercial Comarrico Ltda. con Alvear Villalobos, que no existe entre las normas en disputa una antinomia y que la Corte Suprema está obligada a enviar los antecedentes del caso al Tribunal Constitucional para que conozca el asunto, vía requerimiento de inaplicabilidad. Esta afirmación la funda en los siguientes motivos:

a) El órgano idóneo para conocer de los problemas de validez de una norma legal por pugnar con la Carta es el Tribunal Constitucional.

b) (...) el art. 93 N° 6 no distingue entre los preceptos legales cuya aplicación se teme producirían una inconstitucionalidad, en cuanto a si se encuentran o no derogados;

c) (...) la mayoría de la doctrina considera que el criterio cronológico cede ante el jerárquico, envolviendo el caso, por lo tanto, un problema de validez de normas y no de vigencia;

d) (...) a través del recurso de inaplicabilidad el Tribunal Constitucional no examina en abstracto el conflicto entre los preceptos legales y los de la Carta Fundamental sino en concreto, lo cual le puede llevar a concluir que, en relación a las circunstancias que rodean el caso particular, se produzca un vicio de constitucionalidad si el juez del caso aplica el precepto legal impugnado, lo cual no ocurre cuando simplemente se constata en abstracto la derogación de la norma. (Silva Gallinato, 2013, pp. 472-473)

Finalmente, García Mechsner reitera algunos de los argumentos ya expuestos y sustenta que: a) *“...no existe norma en la Constitución que deje fuera del radio de acción del Tribunal Constitucional las normas preconstitucionales o que se haga una distinción entre vigencia y validez de la norma...”* (García Mechsner, 2013, p. 115); y b) *“...la reforma constitucional de 2005 concentró en el Tribunal Constitucional el control constitucional de los preceptos legales”* (García Mechsner, 2013, p. 115).

Resumiendo, estos autores coinciden en que la competencia para resolver la antinomia entre la norma legal inferior y anterior, respecto de la norma constitucional superior y posterior, es exclusiva del Tribunal Constitucional. Tales afirmaciones se apoyan en: a) El carácter supremo de la Constitución; b) El régimen de invalidación concentrado en el Tribunal Constitucional, que en su versión de control posterior de los preceptos legales estaría vinculado con la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 6 y 7 respectivamente; c) Que la derogación se produce entre normas de la misma jerarquía, y si fuera entre normas de distinta jerarquía queda excluida la Constitución; d) Que la derogación se produce únicamente

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

entre normas válidas; y e) Que el criterio jerárquico prima sobre el cronológico en caso de ser concurrentes.

Implícitamente, estos autores asimilan la función que realizan los jueces a la función de control de constitucionalidad que tiene atribuida el Tribunal Constitucional. De allí que defiendan “el monopolio” del Tribunal Constitucional. No obstante, entendemos que la función que despliegan los jueces cuando resuelven la antinomia tantas veces mencionada, es una de determinación del Derecho aplicable al caso, cuya consecuencia es la aplicación preferente de la norma constitucional posterior y la no aplicación de la norma legal anterior sin cuestionar su constitucionalidad. Distinta es la función del Tribunal Constitucional que, al dictar la sentencia estimatoria de inaplicabilidad, no resuelve directamente la antinomia, sino que manda al juez de la gestión a no considerar en la solución del caso concreto la norma legal cuya aplicación produce efectos inconstitucionales, sin pronunciarse en abstracto sobre su inconstitucionalidad. Mejor incluso se aprecia la diferencia respecto de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad que sí resuelve el conflicto normativo, en ejercicio del control de constitucionalidad depurador *ex post*, afectando tanto la validez como la vigencia y aplicabilidad *pro-futuro* de la norma legal inconstitucional.

A nuestro juicio, es un error considerar que por vía de la declaración judicial de la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales, puede hablarse de la introducción de un “germen de control difuso de constitucionalidad”, puesto que se trata del ejercicio de una función distinta y con efectos diferenciados del control concreto y abstracto que realiza el Tribunal Constitucional. En el primer caso, el tribunal realiza una labor de interpretación del Derecho aplicable al caso particular, y decide – declarándolo - no aplicar la norma derogada que contradice a la norma constitucional posterior (A juicio de Bascuñán Rodríguez, 2000, p. 238, la derogación tácita se produce cuando el órgano que debe resolver un caso, y debe fundar su decisión sujetándose al derecho vigente, constata que este contiene dos soluciones distintas para ese caso, incompatibles entre sí. En opinión del mismo autor, la derogación tácita de la ley anterior no es el efecto de un acto realizado en ejercicio de una potestad normativa, sino los efectos de un complejo de reglas que gobiernan el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Estas reglas, obligan al órgano adjudicador a seleccionar de una manera determinada la norma aplicable al caso. Por tal motivo, la derogación tácita de la ley anterior es constatada y declarada por el tribunal en la fundamentación de su sentencia. Por eso supone un acto interpretativo de la norma anterior y la posterior, que identifique sus respectivos sentidos y constate su incompatibilidad entre sí). Tal declaración, responde a una situación completamente regular de cambio en el sistema jurídico. A diferencia del control de constitucionalidad que, en su versión de control concreto o abstracto, supone identificar respectivamente si la posible aplicación de un precepto legal en un caso concreto produce o no efectos contrarios a la Constitución, o derechamente una inconstitucionalidad, para

evitar el resultado irregular que significaría dicha aplicación o para depurar el ordenamiento jurídico.

2.2. La incidencia de la mala fe en el plazo de prescripción

Una posición completamente contraria a la anterior, la proponen Martínez Estay y Aldunate Lizana.

El primero, inspirado en el principio de supremacía constitucional, afirma que si el juez tiene la convicción de que un precepto legal es contrario a la Constitución, no debe aplicarlo (Martínez Estay, 2005, p. 465). La justificación de su posición, radica en su propia noción de supremacía constitucional, que entiende como un instrumento de limitación del poder que trae aparejado que todos los poderes del Estado, y principalmente los jueces, deben someterse a ella y en sus actuaciones ajustarse a sus preceptos (Martínez Estay, 2005, p. 458); y como norma jurídica que debe ser preferida por dichos órganos (Martínez Estay, 2005, p. 466).

Como puede apreciarse, Martínez Estay (2005) no sostiene que la “inaplicación” del precepto legal es por causa de la facultad de los tribunales ordinarios para declararlos tácitamente derogados, sino que arguye que la inaplicación es por su inconstitucionalidad.

Asimismo, Aldunate Lizana (2009) se aproxima a la tesitura del control difuso de constitucionalidad tanto para las normas pre y post constitucionales fundado en la fuerza normativa de la Constitución (entendida como eficacia directa), y en el diseño de justicia constitucional que no faculta al Tribunal Constitucional para resolver el conflicto entre precepto legal y Constitución, sino que lo elimina. En sus palabras:

De este modo no se le ha otorgado al Tribunal Constitucional la facultad de resolver estas antinomias y mal podría sostenerse entonces que a los jueces del fondo carecen de una atribución, porque ésta se alega entregada al Tribunal, cuando efectivamente no se le ha entregado. Esta solución es precisamente el argumento que tiende a reforzar la idea de que el predicado de fuerza normativa de la constitución como eficacia directa incluye al derecho constitucional en el sistema de fuentes que debe considerar y resolver cualquier juez, de acuerdo con la idea de control difuso examinada arriba. (Aldunate Lizana, 2009, p. 455)

Ambos autores matizan su posición, reconociendo que si los jueces tienen dudas sobre constitucionalidad del precepto legal pueden plantear el requerimiento ante el Tribunal Constitucional. Ante la ausencia de dudas, ellos podrían directamente desaplicar dichos preceptos.

Así, Martínez Estay (2005, p. 465), sostiene la opción del juez, no su obligación, de elevar su duda de constitucionalidad al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 93 de la Constitución. En términos del autor: “...si hay duda el juez puede o no

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

plantearla al Tribunal Constitucional, y desde luego si no la tiene y entiende que un precepto legal es inconstitucional, parece obvio que simplemente deberá inaplicarlo, porque de lo contrario estaría infringiendo la Constitución” (Martínez Estay, 2005, p. 466). El autor, sostiene que la competencia para declarar inaplicable también puede ser ejercida por los jueces y por el Tribunal Constitucional, cuando se trata de preceptos legales preconstitucionales (Martínez Estay, 2005, p. 470-472).

Por su parte, Aldunate Lizana (2009) señala:

Si el juez hace uso de esta libertad que la Constitución le otorga en el ejercicio de sus atribuciones, y opta por no deducir la acción ¿debe entenderse que ha de aplicar el precepto infraconstitucional que considera inconstitucional? ¿o debe entenderse que en realidad no tiene libertad para decidir y que debe plantear la cuestión siempre que surja la duda, lo que, es decir, siempre que sea relevante (porque en las demás hipótesis carece de sentido y aplicación práctica)? (p. 451)

Ninguna de las inferencias, sostiene Aldunate Lizana, parece sustentable a la luz del artículo 6° y el artículo 93 inciso 11° Constitución Política (2005).

En definitiva, ambos constitucionalistas, fundados en el principio de supremacía constitucional y en la fuerza normativa de la Constitución (2005, art. 6), afirman que rige en Chile una combinación de dos regímenes de inaplicabilidad-invalidación: uno difuso ejercible por los tribunales ordinarios de justicia, y otro concentrado en el Tribunal Constitucional. Conclusión que se extiende a los preceptos legales preconstitucionales. No se asientan para llegar a estas conclusiones en la facultad de los jueces de declarar tácitamente derogados los preceptos preconstitucionales.

2.3. Concurrencia de competencias entre la jurisdicción ordinaria y constitucional que no supone un control difuso de constitucionalidad

Autores como Cordero Quinzacara, Rojas Chamaca y Silva Irarrázaval, postulan la superposición o concurrencia de competencias entre la jurisdicción ordinaria y constitucional, para resolver la antinomia entre la norma legal anterior y la norma constitucional posterior, por razón de que su solución obedece a la aplicación de criterios distintos (cronológico y jerárquico), que operan en planos diferentes (vigencia y validez). Reconocen, por ende, la facultad de los tribunales ordinarios para declarar tácitamente derogados los preceptos legales preconstitucionales, sin admitir que esa competencia sea una vía de control difuso de constitucionalidad.

Cordero Quinzacara (2009), tras distinguir los modelos alemán, italiano y español a propósito de la problemática planteada, afirma adherir a este último. A su juicio se trata de un asunto en que la norma constitucional es superior y posterior, siendo aplicables los criterios jerárquico y cronológico con sus respectivos efectos de invalidez y derogación respectivamente. En tal caso, si el juez no tiene dudas y estima

que existe una evidente contradicción entre ambas normas, puede declarar la derogación tácita, más si las tiene, puede plantear la acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Así suscribe a la solución dada por el Tribunal Constitucional español en la sentencia de 2 de febrero de 1981:

Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarla si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (citado en Cordero Quinzacara, 2009, p. 30)

Prosigue:

En el caso chileno, no vemos inconveniente para adoptar esta última solución, en la medida que resguarda las competencias que corresponden al Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, evita el excesivo formalismo de recurrir a dicho Tribunal en los casos –que no son pocos– de evidente contradicción de una norma preconstitucional con la Constitución (Cordero Quinzacara, 2009, p. 30)

Rojas Chamaca (2013), expone las siguientes justificaciones para afirmar la competencia de la jurisdicción ordinaria para declarar tácitamente derogadas las leyes previas a la Constitución:

- a) Procede la aplicación del criterio cronológico por sobre el criterio jerárquico, aun cuando ambos son concurrentes para la solución de este tipo de antinomia;
- b) La necesaria distinción entre la vigencia y la validez de las normas. Así, en opinión del autor, la norma legal anterior debe ser declarada derogada -no inválida- si contradice materialmente la norma constitucional posterior, pues la primera era vigente y válida antes del cambio constitucional. La derogación tácita, sería la cesación de la vigencia de la norma legal anterior. La invalidez, entonces, no puede ser sobreviniente;
- c) La fuerza normativa de la Constitución obliga a todos los órganos del Estado, incluidos los tribunales ordinarios de justicia, a cumplir y aplicar directamente la Carta Fundamental; y
- d) La consideración de la Constitución como una norma jurídica que, como cualquiera otra, tiene la capacidad de derogar normas jurídicas anteriores de igual o inferior rango que la contradigan.

En un trabajo de 2017, el mismo autor agrega dos nuevas razones: a) "...la función conservadora de los tribunales" (Rojas Chamaca, 2017, p. 140); y b) El concepto

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

mismo de jurisdicción que supondría depurar, interpretar y aplicar el derecho conforme a la Constitución (Rojas Chamaca, 2017, p. 144).

Con todo, Rojas Chamaca estima que el ordenamiento jurídico plantea en este ámbito un caso de “...*conurrencia de competencias entre órganos que tienen funciones diversas*” (Rojas Chamaca, 2017, p. 144), pudiendo los tribunales ordinarios declarar la derogación tácita de preceptos preconstitucionales y el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad sobrevenida (Rojas Chamaca, 2017, p. 144).

En un sentido coincidente, Silva Iruarrázaval afirma la competencia de los tribunales ordinarios para declarar la derogación tácita de la ley anterior “...*por tratarse de una materia típica de su competencia...*” (Silva Iruarrázaval, 2011, p. 314), al declarar el Derecho aplicable, e incluso que esto pueda ocurrir en el supuesto del recurso de casación en el fondo: “...*entonces es lógico que el recurso de casación civil en el fondo sea un mecanismo idóneo para aplicar la Constitución contra la ley*” (Silva Iruarrázaval, 2011, p. 314). Empero este reconocimiento no significa, en su visión, uno al control difuso de constitucionalidad:

El esfuerzo de la Corte Suprema para justificar su competencia, distinguiendo entre la derogación tácita y el control de constitucionalidad, es una prueba de que en Chile no existe el control difuso de constitucionalidad (o, al menos, de que los tribunales de justicia no creen en él). Si existiera, ¿por qué tanto afán por distinguir entre ambas formas de conflicto? (Silva Iruarrázaval, 2011, p. 314)

Por otro lado, autores como Núñez Poblete y Del Río Ferretti suscriben lo sostenido en este apartado, pero destacan como ineludible un requisito para validar la mentada facultad de los jueces ordinarios: la antinomia debe ser palmaria.

Núñez Poblete (2012) ratifica la competencia de “...*los jueces ordinarios para constatar la cesación de la vigencia de las normas preconstitucionales*” (p. 201) en la medida que se cumplan “...*dos exigencias copulativas: i) que exista una contradicción patente entre la norma legal y la Constitución y, por otra parte, (ii) que se trate de una norma rigurosamente anterior a la Constitución*” (Núñez Poblete, 2012, p. 201). El autor entiende que “...*dadas estas dos condiciones, el juez de la instancia haría uso de una facultad expresamente reconocida por la Constitución (disposición IV transitoria) y que, por añadidura, se sustenta en la natural atribución de definir el Derecho aplicable al caso...*” (Núñez Poblete, 2012, pp. 201-202).

Del Río Ferretti también se plantea, al igual que Silva Iruarrázaval, la situación de la derogación tácita de un precepto legal preconstitucional, a propósito del recurso de casación. En este ámbito, Del Río Ferretti (2015, pp. 170-171) entiende que la Corte Suprema estaría facultada para declarar la derogación tácita si hay una indudable contradicción, cuestión que a su juicio es poco probable atendida la poca den-

sidad normativa de las normas constitucionales. Empero, considera que en las ocasiones en que la Corte Suprema ha afirmado declarar la derogación tácita:

...lo que en realidad está realizando es un juicio negativo de adecuación de los preceptos legales a la norma constitucional, propio de un control de constitucionalidad que en nuestro sistema de jurisdicción constitucional concentrado pertenece exclusivamente al Tribunal Constitucional. (Del Río Ferretti, 2015, p. 171)

En suma, y en contraposición con la primera postura, estos autores explícitamente distinguen entre la función que realizan los jueces y la función que desempeña el Tribunal Constitucional. Con requisitos más o menos, todos coinciden en que la declaración de derogación tácita de los preceptos preconstitucionales no implica ejercer control de constitucionalidad, puesto que estiman que la reforma constitucional de 2005 reunió tal atribución en el Tribunal Constitucional. Concluyen que los jueces, por vía de la derogación tácita, se pronuncian sobre la vigencia de las normas legales preconstitucionales y no sobre su validez, generándose así un espacio de competencias concurrentes no resuelto constitucionalmente. Asimismo, valoran que la derogación tácita procede entre normas de la misma o distinta jerarquía, incluidas las normas constitucionales; y que el criterio jerárquico no necesariamente prima sobre los demás criterios de solución de conflictos.

3. La(s) posición(es) de la corte suprema

En el presente apartado, se analizarán las decisiones dictadas por el máximo tribunal recaídas en sede de recurso de casación en el fondo a propósito del Decreto Ley N° 2.695 (1979); y aquellas sentencias dictadas en materia de protección, con motivo del Decreto Ley N° 1.094 (1975). Este análisis restringido busca privilegiar aquellos ámbitos y temáticas que se han reiterado jurisprudencialmente y que han recibido atención de los autores nacionales.

3.1. ¿Derogación tácita de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695?

A partir de 2010, es posible constatar un grupo de decisiones que declararon la derogación tácita de las normas legales anteriores contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695 (1979), por ser contrarias a las normas constitucionales posteriores, previstas en el artículo 19 N° 2 y 3 inciso sexto, y N° 24 incisos primero y tercero de la Constitución (2005). Destaca en este ámbito, la sentencia Rol N° 1018-2009 del 2010, dictada por su primera sala, con la redacción del ministro Sergio Muñoz. Esta sentencia, es conocida como "Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. con Alveal Villalobos Hector Enrique" y fue comentada pormenorizadamente por Silva Irrarrázabal (2011), Silva Gallinato (2013) y Henríquez Viñas (2018).

En lo que respecta a la facultad de declarar tácitamente derogados los preceptos legales preconstitucionales, la Corte Suprema señaló en el fallo de Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. con Alveal Villalobos Hector Enrique (2010) que:

- a) Los tribunales ordinarios, al determinar el Derecho aplicable, tienen la facultad para decidir
...la vigencia de las disposiciones legales, en los casos actuales de que conocen, por integrar el marco normativo de aplicación, resultando indispensable que efectúen la labor de determinación de la posible derogación tácita de tales normativas, que se produce cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior (artículo 52 del Código Civil) (cons.16);
- b) Los tribunales ordinarios pueden *"...bajo la aplicación de preceptos constitucionales, establecer la vigencia de la norma legal anterior que contradice la norma constitucional"* (cons. 16);
- c) El efecto de la declaración de incompatibilidad entre la norma legal anterior y la norma constitucional posterior *"...se le puede llamar cesación de eficacia, decaimiento o nulidad, pero lo definitivo es que se priva a una ley anterior de fuerza obligatoria y eso es derogación por estar en contraposición con la norma constitucional"* (cons. 16);
- d) El análisis de la constitucionalidad de una norma legal se encuentra en un diferente plano que la derogación tácita, *"...la inconstitucionalidad es un efecto derivado de la consecuencia primaria consistente en verificar la invalidez de la norma legal..."* (cons. 17). Tal declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad, le corresponde sólo al Tribunal Constitucional (cons. 21);
- e) El fundamento de la facultad de los tribunales para declarar la derogación tácita de preceptos preconstitucionales surge de su facultad conservadora, de los principios de supremacía constitucional, de aplicación directa de la Constitución, de interpretación de las demás disposiciones que integran el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, de *"...la ininvocabilidad [sic] de toda norma de inferior jerarquía que tienda a contrariar la constitución, del concepto de Constitución material"* (cons. 18) y del principio de legalidad;
- f) La inexistencia, tras la reforma constitucional de 2005, de una norma que excluya el control de leyes preconstitucionales de la competencia de los tribunales ordinarios, confirma su competencia para declarar la derogación tácita (cons. 18); y
- g) Ciertos autores, nacionales y extranjeros, avalarían su postura, tales como Silva Bascuñán, Precht Pizarro, Silva Cimma, Cea Egaña, Bulnes Aldunate, de Otto y Diez-Picazo.

Los mismos razonamientos se reiteraron en la primera sala, en virtud de recursos de casación en el fondo, en las sentencias Rol N° 800-2009 (2010) y 6552-2009 (2011). La primera decisión sucintamente se refirió a un supuesto de *derogación orgánica* por la Constitución respecto de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley en cuestión, fundada en los principios de: *"...supremacía constitucional, aplicación directa de la norma fundamental y efecto derogatorio de las disposiciones de aquellas que están en*

contradicción con las contempladas en la norma constitucional" (Vejar Castro José con Mena Candia José, 2010, visto 2). Con idéntica redacción se exponen los argumentos de la sentencia de 2011.

Como se advierte, en este período la Corte Suprema afirmó estar facultada para declarar tácitamente derogado los preceptos legales preconstitucionales; sin embargo, manifestó no tener competencias para declarar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad o derechamente su inconstitucionalidad, atribución que reconoció exclusivamente al Tribunal Constitucional. Esta aseveración, a juicio del máximo tribunal, es consistente con el modelo de control concentrado de constitucionalidad vigente en nuestro ordenamiento constitucional.

3.2. ¿Derogación tácita del artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094?

En 2016, la Corte Suprema dictó una nueva serie de sentencias que refrescaron el debate⁶, instalando con sentidos distintos la discusión de la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales. Se trata de las causas Rol N°s 35236-2016 y 35237-2016; y N°s 43367-2016 y 44989-2016 de octubre del mismo año. Sobre tales decisiones, como se adelantó en la Introducción, se generaron varios comentarios y artículos especializados.

La Tercera Sala de la Corte Suprema, en los fallos de agosto de 2016 acogió el recurso de protección, revocó la sentencia apelada y afirmó su competencia – y la de los tribunales de justicia – para declarar derogado el artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094 (1975), que contravendría lo dispuesto por el artículo 19 N° 2 de la Constitución (2005). En este caso, la Corte Suprema estuvo integrada por los ministros Sergio Muñoz, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Carlos Aránguiz y el abogado integrante Jorge Lagos. La decisión fue acordada con el voto en contra de las ministras Engmen y Sandoval. En el mismo sentido de esta decisión, pueden citarse cuatro sentencias recaídas en las causas Roles N° 4732-2017 y 10224-2017, de 2017; y 6111-2018 y 6109-2018, de 2018.

Las razones invocadas por la Corte Suprema para declarar tácitamente derogado el mencionado artículo 76, son fundamentalmente las siguientes:

- a) La diferencia entre validez-constitucionalidad y vigencia de una norma legal, siendo competencia de los tribunales de justicia resolver sobre esta última

⁶ Los casos en comento versan sobre ciudadanos extranjeros que solicitaron hora para contraer matrimonio en la oficina del registro civil, la que fue denegada por la autoridad por no contar uno de los contrayentes con cédula de identidad para extranjeros, el que no pudo obtenerse por registrar pendiente un decreto de expulsión del país. En todos ellos, los recurrentes dedujeron acción de protección invocando la afectación al derecho a la igualdad ante la ley y que la conducta de la autoridad administrativa representaba una discriminación arbitraria.

La autoridad recurrida, el Servicio de Registro Civil e Identificación, arguyó que su actuación era legal por cuanto procedió con apego a lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975 y otras normas reglamentarias.

por aplicación directa de la Constitución y por mor del criterio cronológico de solución de antinomias. En palabras de la Corte, los tribunales ordinarios:

...tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, puesto que tratándose de una norma constitucional posterior pueden recurrir al criterio temporal para resolverlo, conforme al principio que ante una antinomia o contradicción entre normas jurídicas 'ley posterior deroga ley priori' [sic], circunstancia que los tratadistas refuerzan en el caso de las normas constitucionales posteriores, pues se conjugan, además, los principios jerárquico, suprema [sic] constitucional y aplicación directa de la constitución al caso (Avenidaño Farfán Sebastián / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, visto 6)⁷.

- b) La diferencia entre la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o la declaración de inconstitucionalidad, por un lado; y la declaración de derogación tácita, por el otro; como efectos de la aplicación del criterio jerárquico y cronológico respectivamente; y los órganos facultados para ello. La declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad le correspondería al Tribunal Constitucional, mientras que los tribunales ordinarios podrían declarar derogado un precepto legal anterior a la Constitución, al determinar el Derecho aplicable al caso: *"Queda así diferenciada la facultad que permite a todo juez considerar derogada una norma legal por ser contraria a la Constitución y la que se radica en el Tribunal Constitucional que le otorga competencia para declarar su inaplicabilidad o inconstitucionalidad"* (Avenidaño Farfán Sebastián / Servicio De Registro Civil e Identificación, 2016, visto 6)⁸.
- c) La inexistencia, tras la reforma constitucional de 2005, de una norma que excluya el control de leyes preconstitucionales de la competencia de los tribunales ordinarios:

⁷ También en: Verónica Venegas Cáceres y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, visto 6; Mota Santos Carlos Ángel y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, fundamento voto en contra 3; Lizelot Yáñez Díaz / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, fundamento voto en contra 3; Vera Pérez Pablo Esteban / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, fundamento voto en contra 3; Carolina Miñanir Miñanir / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, fundamento voto en contra 3; Bequer Arias Adeneys y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, visto 6; Rodolfo Noriega Cardo / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, visto 6; Pulinario / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, voto en contra, cons. 2; David Rivera Gajardo y Yudis Floria Cuevas contra Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, fundamento voto en contra 3; Hermosilla / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, fundamento voto en contra 3; Pérez / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2018, fundamento voto en contra 2; Rodríguez / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2018, fundamento voto en contra 2 Rosa Reyes Santa / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2018, confirmación 1;)

⁸ También en: Verónica Venegas Cáceres y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, visto 6; Mota Santos Carlos Ángel y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, fundamento voto en contra 3; Lizelot Yáñez Díaz / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, fundamento voto en contra 3; Vera Pérez Pablo Esteban / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, fundamento voto en contra 3; Carolina Miñanir Miñanir / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, fundamento voto en contra 3; Bequer Arias Adeneys y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, visto 6; Rodolfo Noriega Cardo / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, visto 6; Angulo / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, voto en contra cons. 5; De Jesús / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, cons. 5; David Rivera Gajardo y Yudis Floria Cuevas contra Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, fundamento voto en contra 3; Hermosilla / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, fundamento voto en contra 3; Rosa Reyes Santa / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2018, confirmación 1)

Luego de seguir una discusión sobre el particular y de recibir versadas opiniones no se reguló expresamente el punto, por lo cual no se excluyó de la competencia de los tribunales ordinarios, la facultad de resolver sobre la derogación de los preceptos legales al constar la contradicción expresa de normas legales pretéritas respecto de una norma constitucional posterior. (Avendaño Farfán Sebastián / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, visto 6)⁹;

y

- d) La cita a ciertos autores, nacionales y extranjeros, que avalarían su postura, tales como Silva Bascuñán, Precht Pizarro, Silva Cimma, Cea Egaña, Bulnes Aldunate, de Otto, Diez-Picazo, así como la mención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Por su parte, la misma sala de la Corte Suprema, pero con una integración distinta, en los fallos del mes de octubre de 2016, confirmó la sentencia apelada, rechazó la acción de protección y negó tener atribuida la competencia para declarar derogado el mentado artículo 76, dando a entender que la declaración de inaplicabilidad sobreviniente corresponde al Tribunal Constitucional. Empero, en ambas sentencias, el voto disidente reiteró el razonamiento plasmado en el fallo de agosto del mismo año. En estos casos, la Corte Suprema estuvo integrada por los ministros Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Carlos Aránguiz, Manuel Valderrama y el abogado integrante Rafael Gómez. La decisión fue acordada con el voto en contra de los ministros Aránguiz y Valderrama.

En tal sentido, otras once sentencias: Roles N° 3462-2018, 4170-2018, esta última no señala expresamente la problemática, aunque sí en los votos disidentes y 41917-2017, todas de 2018; 28014-2017, 19018-2017, 18206-2017, 92948-2016, 38750-2017, 37806-2017 (Estas últimas no señalan expresamente la problemática, aunque sí en los votos disidentes) todas de 2017; y 44965-2016, 43367-2016, 44989-2016 todos de 2016.

El argumento brindado por el máximo tribunal en este último grupo de fallos, se deduce de los considerandos que señalan, que en estos autos los recurrentes no han planteado ante el Tribunal Constitucional la inaplicabilidad del artículo 76 del D.L. N° 1.094, cuestión que tampoco han efectuado los tribunales que han conocido de este recurso. De la aseveración anterior, puede inferirse el reconocimiento de la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales, de conformidad con el numeral 6 del artículo 93, así como la mención de que en el caso no se planteó por la parte o por el tribunal una acción de inaplicabilidad.

Como se observa, en los últimos años, el superior tribunal ha sentado dos posiciones que varían según la composición de la sala:

⁹ También en *Verónica Venegas Cáceres y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2016, visto 6 ; Bequer Arias Adeneys y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, visto 6; Rodolfo Noriega Cardo / Servicio de Registro Civil e Identificación, 2017, visto 6*

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

- a) La primera, sostiene que los tribunales ordinarios, en el ejercicio de su facultad de decidir el Derecho aplicable y por aplicación directa de la Constitución, tienen competencia para declarar tácitamente derogados los preceptos legales anteriores a la Constitución; y
- b) La segunda, contraria a la anterior, resuelve que sólo el Tribunal Constitucional está facultado para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la inconstitucionalidad de un precepto legal preconstitucional.

Sin perjuicio de las distintas tesis de la Corte Suprema sobre la competencia o incompetencia para resolver este tipo de antinomia, la posición que afirma la facultad para declarar tácitamente derogados los preceptos legales preconstitucionales no ha supuesto afirmar tener conferida la atribución para ejercer el control de constitucionalidad. Por el contrario, el máximo tribunal asevera hacerlo en el desempeño de una función que le es propia: resolver los casos decidiendo el Derecho aplicable.

Conclusiones

Se derivan una serie de consecuencias del hecho que la Constitución sea fuente del Derecho con eficacia directa y que su garantía jurisdiccional se encuentre, desde la reforma constitucional de 2005, concentrada en el Tribunal Constitucional:

a) La primera, los tribunales de justicia al resolver los casos sometidos a su conocimiento, definen las normas aplicables incluidas las normas constitucionales. Si en el caso se plantea una antinomia entre una norma anterior que contradice una norma posterior, tienen la facultad de resolverla y, en su caso, declarar derogado el precepto legal preconstitucional por su incompatibilidad con la Constitución, aplicando directamente la norma constitucional posterior e inaplicando la norma legal. Se trata de un problema resoluble mediante la aplicación del criterio cronológico que no afecta la vigencia, sino la aplicación de las normas. Esto último, por cuanto en nuestro ordenamiento constitucional no existe una norma que establezca su efecto derogatorio.

b) La segunda, el Tribunal Constitucional está facultado para verificar la conformidad del precepto legal postconstitucional con la norma constitucional superior, ya por la vía de la acción de inaplicabilidad o de la acción de inconstitucionalidad, siendo esta una cuestión de validez/constitucionalidad/aplicabilidad de normas solucionable conforme al criterio jerárquico, más particularmente del principio de supremacía constitucional.

c) En ambos supuestos, la norma aplicable con preferencia a la otra es la norma constitucional posterior y superior, es decir, la norma constitucional.

d) Los tribunales de justicia, carecen de la potestad para declarar la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de las normas legales pre y postconstitucionales que contravienen la Constitución.

e) Nada obsta a que las partes o el juez de la gestión pendiente, requieran al Tribunal Constitucional para que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal preconstitucional, aplicable y decisivo en un caso concreto.

En parte, lo concluido ha sido asentado por cierta jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando ha defendido su atribución para declarar tácitamente derogados los preceptos legales preconstitucionales. La afirmación anterior puede extraerse de las decisiones estudiadas de la Corte Suprema, que expresan:

a) En virtud de la vinculación directa de los jueces a la Constitución, de conformidad con su artículo 6, estos pueden declarar tácitamente derogados los preceptos legales preconstitucionales.

b) Los preceptos legales preexistentes que contravienen la nueva Constitución o sus reformas, generan un problema de vigencia, que se resuelve por la aplicación del criterio cronológico, que faculta a los jueces para resolver la derogación tácita, con efectos particulares para el caso concreto.

c) La derogación tácita procedería entre normas de igual o distinta jerarquía, por ejemplo, entre normas legales y normas constitucionales.

d) La reforma constitucional de 2005, no excluyó el control de leyes preconstitucionales de la competencia de los tribunales ordinario.

En un sistema de control concentrado de constitucionalidad como el chileno la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sólo le corresponde al Tribunal Constitucional. Por ende, y en puridad, no surgen de estas conclusiones bases para un control de constitucionalidad difuso en Chile.

Referencias Bibliográficas

Aldunate Lizana, E. (2009). La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (32). doi: 10.4067/s0718-68512009000100013

Angulo/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 18206-2017 (Corte Suprema 7 de agosto de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/36d2GUE>

Avendaño Farfán Sebastián / Servicio De Registro Civil e Identificación, Rol N° 35237-2016 (Corte Suprema 30 de agosto de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/3hETXwD>

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

Cordero Quinzacara, E. (2009). Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno. *Ius et praxis*, 15(2). doi: 10.4067/s0718-00122009000200002

Bascuñán Rodríguez, A. (2000). Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita. *Anuario de filosofía jurídica y social*, (18), 227-261. Recuperado de <https://bit.ly/3iGvVml>

Bequer Arias Adeneys y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 4732-2017 (Corte Suprema 4 de mayo de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/3czC7KJ>

Carolina Miñanir Miñanir / Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 92948-2016 (Corte Suprema 10 de enero de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/3kP81Wr>

Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000. Recuperado de <http://bcn.cl/1uqm8>

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 29 de diciembre de 1978. Recuperado de <https://bit.ly/2xg6S6S>

Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2005. Recuperado de <http://bcn.cl/1uva9>

David Rivera Gajardo y Yudis Floria Cuevas contra Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 37806-2017 (Corte Suprema 2 de noviembre de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/30pUbCe>

Decreto Ley N° 1.094. Establece normas sobre extranjeros en Chile. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 19 de julio de 1975. Recuperado de <http://bcn.cl/2fxa8>

Decreto Ley N° 2.695. Fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 21 de julio de 1979. Recuperado de <http://bcn.cl/2f93e>

De Jesús/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 19018-2017 (Corte Suprema 7 de agosto de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/3igQHrv>

Del Río Ferretti, C. (2015). Motivo de casación en el fondo civil en Chile: problemas y perspectivas de reforma. *Ius et praxis*, 21(2), 161-198. doi: 10.4067/s0718-00122015000200005

García Mechsner, C. (2013). Contendas de competencia entre órganos políticos o administrativos y tribunales inferiores de justicia: ¿Inconstitucionalidad sobrevenida o derogación tácita por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 191 del COT?. *Revista derecho público iberoamericano*, (3), 109-116. Recuperado de <https://bit.ly/2H2iqiK>

Garrote Campillay, E. A. (2012). Cosa juzgada constitucional sui generis y su efecto en las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. *Estudios constitucionales*, 10(2), 391-428. doi: 10.4067/s0718-52002012000200010

Gascón Abellán, M. (1994). Cuestiones sobre la derogación. *Doxa (Alicante, Internet)*, (15/16), 845-859. doi: 10.14198/doxa1994.15-16.42

Gascón Abellán, M. (1997). Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes. *Doxa (Alicante, Internet)*, (20), 131-156. doi: 10.14198/doxa1997.20.04

Guastini, R. (2017). *Las fuentes del Derecho: fundamentos teóricos* (2a ed.) (C. E. Moreno More, Trad.). Lima: Editorial Científica Peruana.

Henríquez Viñas, M. L. (2013). Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. *Estudios constitucionales*, 11(1), 459-476. doi: 10.4067/s0718-52002013000100012

Henríquez Viñas, M. L. (2017). ¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?. *Estudios constitucionales*, 15(1), 307-328. doi: 10.4067/s0718-52002017000100010

Henríquez Viñas, M. L. (2018). El contenido del derecho de propiedad ¿Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695? En E. P. Rajevic Mosler y M. L. Henríquez Viñas (Coords.) *Derecho de propiedad. Enfoques de derecho público* (pp. 31-48). Santiago: Der.

Hermosilla/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 38750-2017 (Corte Suprema 18 de diciembre de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/34bkuwU>

Hube Portus, C. (2017). Competencia de la Corte Suprema vs. competencia del Tribunal Constitucional. *Sentencias destacadas*, (13), 215-235. Recuperado de <https://vlex.cl/id:706806865>

Letelier Wartenberg, R. (2007). Jueces ordinarios y justicia constitucional. *Revista chilena de derecho*, 34(3), 539-574. doi: 10.4067/s0718-34372007000300009

Ley S/N. Efecto retroactivo de la Ley. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 07 de octubre de 2000. Recuperado de <http://bcn.cl/2f88z>

Lizelot Yáñez Díaz / Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 44965-2016 (Corte Suprema 6 de octubre de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/2HFnsIT>

Martínez Estay, J. I. (2005). Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional. En H. Nogueira Alcalá(Coord.) *La Constitución reformada de 2005* (pp. 457-472). Santiago: Librotecnia.

Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales.

Mondragón/Servicio de Registro Civil, Rol N° 6111-2018 (Corte Suprema 18 de abril de 2018). Recuperado de <https://bit.ly/36qdDIY>

Mota Santos Carlos Ángel y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 43367-2016 (Corte Suprema 6 de octubre de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/344EfGj>

Nogueira Alcalá, H. (2010). La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas. *Estudios constitucionales*, 8(1), 79-116. doi: 10.4067/s0718-52002010000100004

Núñez Poblete, M. (2012). Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad. *Revista de derecho (Coquimbo. En Línea)*, 19(2), 191-236. doi: 10.4067/s0718-97532012000200007

Osorio Godoy Víctor Javier con Alarcón Bizama Elvis Magaly, Rol N° 6552-2009 (Corte Suprema 29 de abril de 2011). Recuperado de <https://bit.ly/2E9IMhI>

Pérez/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 3462-2018 (Corte Suprema 6 de agosto de 2018). Recuperado de <https://bit.ly/2ERgqcD>

Pulinario/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 28014-2017 (Corte Suprema 5 de septiembre de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2Gn3Oda>

Rivera/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 6109-2018 (Corte Suprema 26 de noviembre de 2018). Recuperado de <https://bit.ly/3inPoap>

Rodolfo Noriega Cardo/ Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 10224-2017 (Corte Suprema 27 de junio de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2GfZIDQ>

Rodríguez/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 4170 (Corte Suprema 6 de agosto de 2018). Recuperado de <https://bit.ly/3n8O9iO>

Rojas Chamaca, J. C. (2013). *La derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria: análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005*. Santiago: Metropolitana.

Rojas Chamaca, J. C. (2017). Caso del extranjero ilegal y derogación tácita de preceptos preconstitucionales (Sentencia Corte Suprema, 20 de agosto de 2016), Rol N° 35.236-2016. *Revista jurídica digital UAndes*, 1(2), 137-145. Recuperado de <https://bit.ly/33pSaqn>

Rosa Reyes Santa/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 41917-2017 (Corte Suprema 11 de enero de 2018). Recuperado de <https://bit.ly/2ShgQfo>

Silva Irrarázaval, L. A. (2011). La derogación tácita por inconstitucionalidad: Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. con Héctor Enrique Alvear Villalobos, de 28 de septiembre de 2010, Rol 1018-09. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 18(1), 307-315. doi: 10.4067/s0718-97532011000100014

Silva Gallinato, M. P. (2013). Comentario a la sentencia Rol 1018-09 de la Corte Suprema. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 20(2), 457-473. doi: 10.4067/s0718-97532013000200018

Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. con Alvear Villalobos Hector Enrique, Rol N° 1018-2009 (Corte Suprema 28 de septiembre de 2010). Recuperado de <https://bit.ly/2ZO9OCT>

Vega Méndez, F. y Zúñiga Urbina, F. (2006). El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica. *Revista estudios constitucionales*, 4(2), 135-174. Recuperado de <https://bit.ly/2F2fJ0d>

Vejar Castro José con Mena Candia José, Rol N° 800-2009 (Corte Suprema 29 de octubre de 2010). Recuperado de <https://bit.ly/32DpFGh>

Vera Pérez Pablo Esteban/Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 44989-2016 (Corte Suprema 6 de octubre de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/3cla9wf>

Verdugo Ramírez, S. (2008). La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos. *Actualidad jurídica (Santiago)*, (18), 247- 297. Recuperado de <https://bit.ly/3ibc91W>

Verónica Venegas Cáceres y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación, Rol N° 35236-2016 (Corte Suprema 30 de agosto de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/2RPzdbf>

Zúñiga Urbina, F. (2017). Control difuso de normas: comentario a la sentencia Rol N° 35236-2016 de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2016 "Verónica Venegas Cáceres y otro con Servicio de Registro Civil e Identificación". *Revista estudios constitucionales*, 15(1), 425-432. doi: 10.4067/S0718-52002017000100014

Para citar este artículo bajo Norma APA 6a ed.

Henríquez Viñas, M. (2020). Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales. ¿El germen del control difuso de constitucionalidad?. *Revista de derecho (Coquimbo. En línea)*, 27, e4523, <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0016>



DOI

Copyright del artículo: ©2020 Miriam Henríquez



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.

Rev. derecho (Coquimbo, En línea) 2020, 27: e4523