

Julio Rojas Chamaca

Universidad de los Andes, Chile.

jrojaschamaca@gmail.com

Caso del extranjero ilegal y derogación tácita de preceptos preconstitucionales

(Sentencia Corte Suprema, 20 de agosto de 2016, Rol N° 35.236-2016)

Illegal foreign case and unwritten abolition of pre-constitutionals precepts

(Supreme Court, August 20, 2016, Rol N° 35.236-2016)

Resumen: El presente trabajo analiza una sentencia de la Corte Suprema que derogó tácitamente el art.76 del D.L. N° 1.094 de 1975, dado que en su opinión el contenido de la norma era incompatible con la Constitución posterior. Para la Corte, el precepto preconstitucional perdió su vigencia y, en consecuencia, en uso de sus potestades jurisdiccionales estimó no aplicarlo para el caso particular.

Este fallo reflató una discusión relevante, ya que, sobre las leyes preconstitucionales aún no existe un acuerdo en la doctrina y jurisprudencia sobre el tribunal competente para conocer de este fenómeno. En efecto, para el Tribunal Constitucional lo anterior se conoce como inconstitucionalidad sobrevinida, siendo tal jurisdicción quien de manera exclusiva puede establecer la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de leyes sean pre o post constitucionales.

Palabras clave: Leyes preconstitucionales, derogación tácita, Corte Suprema.

Abstract: This work analyses a sentence of the Supreme Court that tacitly abolished the art. 76 of the D.L. N° 1.094, 1975, provided that, in his opinion, the content of the rule was not compatible to the posterior Constitution. According to the Court, the pre-constitutional precept lost validity and, in consequence, in use of his jurisdictional authority, estimated not to apply it in this particular case.

This case re-established a relevant discussion, because about the pre-constitutionals laws there is not yet an agreement with regard to the doctrine and jurisprudence of the proper court to know about this phenomenon. In fact, to the Constitutional Court, this is well known as unconstitutional supervene, being such jurisdiction the only one that can establish the inapplicability or unconstitutionality of laws pre or post constitucionals.

Keywords: Pre-constitutional legal precepts, tacit derogation, Supreme Court.

La Corte Suprema, con fecha 30 de agosto de 2016, en votación dividida¹, acogió un recurso de protección y declaró arbitraria e ilegal la decisión del Registro Civil de impedir el matrimonio entre una chilena y un húngaro, por no tener este residencia legal en Chile.

Según da cuenta el voto de mayoría, la normativa que establecía esta exigencia, art. 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975, en la actualidad no está vigente, por ser contraria a normas posteriores de rango superior, reguladas en la Constitución Política, en concreto, la igualdad ante la ley como la igual protección en el ejercicio de los derechos. De igual manera, la Corte razonó que se vulneraba el art. 17.2 de la Convención Americana, en cuanto al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, incorporada en nuestro ordenamiento, a través del art. 5 inc. 2 de la Constitución.

El fallo es relevante de analizar, por las siguientes consideraciones: (a) los tribunales deben ejercer jurisdicción conforme al derecho aplicable y para tal efecto, recurren a todo el sistema de fuentes del ordenamiento, dentro de la cual está la Constitución, por lo que cabe preguntar ¿la jurisdicción ordinaria tiene exclusiones de usar dicha norma para fundar sus resoluciones? (b) la Corte Suprema estimó que, en la

especie, cesó la vigencia del art. 76 y, por lo tanto, lo que declaró en su sentencia, fue constatar la derogación tácita del precepto legal cuestionado, dado que su contenido era incompatible en su integridad con un conjunto de disposiciones posteriores previstas en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta sentencia generó controversia, puesto que la Corte Suprema, como tribunal ordinario, optó por no aplicar una norma previa por considerarla contraria a la Constitución, aun cuando el control de constitucionalidad de leyes lo asume el Tribunal Constitucional, quien reclama la competencia para conocer de este fenómeno que en la doctrina es llamado inconstitucionalidad sobrevenida.

En tal consideración, el propósito de este comentario de jurisprudencia es dilucidar si los tribunales ordinarios pueden aplicar normas como la Constitución para la resolución de un conflicto en el ámbito de su competencia, como además, analizar si el precepto preconstitucional (art. 76) pierde vigencia o bien es inválido con relación a la Constitución posterior. Es preciso adelantar que no existe un solo punto de vista definitivo que se haga cargo del tribunal competente, por lo que se puede concluir que es un caso inédito de concurrencia de atribuciones entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional en Chile.

1. Antecedentes del caso

Domonkos Sandor, ciudadano húngaro y Verónica Venegas, ciudadana chilena, solicitaron hora para contraer matrimonio en la oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago, lo que fue denegado por no tener el primero, cédula de identidad para extranjeros, pese a que ambos cumplían los requisitos de la Ley de Matrimonio Civil. Dicho documento no fue posible de obtener por el señor Sandor, toda vez que registraba un decreto pendiente de expulsión de Chile.

La decisión de impedir el matrimonio, implicó para los recurrentes, una afectación de sus derechos fundamentales, en específico, el que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley. En efecto, se argumentó que el pasaporte del señor Sandor, era un documento de identidad válido y de entidad suficiente para la celebración del mencionado contrato. Por otra parte, el funcionario vulneró la Ley Orgánica del Registro Civil, en lo referido a sus obligaciones, por cuanto ni esta norma, ni el Decreto

¹ Los ministros señores Sergio Muñoz, Carlos Aránguiz y el abogado integrante señor. Jorge Lagos estimaron revocar el fallo de primera instancia. Las ministras señoras María Eugenia Sandoval y Rosa Egnem, confirmaron la sentencia de primera instancia que rechazó el recurso de protección.

Nº 673, han establecido el deber del Oficial del Registro Civil de verificar que uno o ambos contrayentes estén en situación migratoria regular.

En opinión de los señores Sandor y Venegas, el art. 76 del Decreto Ley Nº 1.094 de 1975 es un precepto legal que limita en algún sentido a los extranjeros en cuanto a la celebración de actos o contratos, siempre que no estén habilitados o autorizados. Para los litigantes, la ausencia de residencia legal no impediría la celebración del contrato de matrimonio, la que dependerá de si ellos “están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto”².

El Servicio de Registro Civil e Identificación, como recurrido, informó a la Corte de Apelaciones de Santiago, que su actuación se realizó conforme a la normativa (art. 76), que dice:

Los servicios y organismos del Estado o Municipalidades deberán exigir a los extranjeros que

tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que estén autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato.

Por la vía administrativa, el servicio recurrido, interpretó el art. 76 del mencionado Decreto Ley Nº 1.094, por medio de la Circular Nº 5 de 1996, y explicitó en dicha disposición la imposibilidad de gestionar ningún trámite en dicho Servicio, los que incluyen la celebración de matrimonios, sin que previamente se compruebe su residencia legal en el país.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazó el recurso de protección, al considerar vigente la norma legal que faculta la denegación dada por el funcionario, al no poder demostrar el señor Sandor, que está en situación migratoria regular. En sentido similar, se redactó el voto minoritario de la Corte Suprema, que confirmó el fallo apelado³.

2. Constitución como fuente del derecho ¿la jurisdicción ordinaria tiene exclusiones de usar dicha norma para fundar sus resoluciones?

La Corte explicita en esta sentencia que:

La tarea del tribunal ordinario, en lo que respecta al derecho aplicable importa múltiples cometidos, entre ellos se encuentra determinar el derecho aplicable al caso; derecho que corresponde analizar a la luz de todo el ordenamiento jurídico, al no tener restringido el ámbito a considerar⁴.

Esta afirmación, es un punto de partida relevante al momento de comentar esta sentencia. En efecto, cuando un tribunal ejerce jurisdicción y resuelve un conflicto, en el ámbito de su competencia, asume una de sus tareas fundamentales sin que pueda estimarse *a priori* limitada tal función. En tal dimensión, y para evitar denegar la respuesta al justiciable, es pertinente que haga uso de forma íntegra del sistema de fuentes formales del ordenamiento, y la Constitución es una ellas.

² Acción de protección Rol nº 34.170-2016 intentada por Verónica Venegas y Domonkos Sandor ante la Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de mayo de 2016.

³ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol Nº 35.236-2016. El considerando 5.º del voto disidente redactado por las Ministras señoras María Eugenia Sandoval y Rosa Egnem, expresa (...) “por mandato legal, el Servicio se encuentra obligado a denegar la solicitud de celebrar el contrato de matrimonio en relación con solicitantes que no comprueben su residencia legal y, en cambio, si es posible acceder respecto de quienes cumplen ese presupuesto.

Como los recurrentes, atendida la situación del sr. Sandor se encuentran en el primer caso, no puede reprocharse arbitrariedad en la conducta del Servicio de Registro Civil e Identificación”.

⁴ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol Nº 35.236-2016, considerando 6.º.

La discusión en la adjudicación de derechos, presupone hoy que la ley no es ya la norma primaria del Derecho, que lo es la Constitución (Aragón, 1997, p. 191). Históricamente se entendía que la Constitución, pertenecía al mundo de la política, siendo la ley soberana. En el concepto moderno, la Constitución se introduce en el ordenamiento jurídico, considerándose una norma jurídica y una norma jurídica aplicable a través de un sistema de garantías y de la justicia constitucional (Diez-Picazo, 1985, p. 12).

En nuestro ordenamiento, hoy no se discute la supremacía de la Norma Fundamental. En tal sentido, se afirma que esta “es la característica de la Constitución que determina que las normas inferiores deban cumplirla prevaleciendo en caso de conflicto normativo” (Henríquez, 2016, p. 29).

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema se desarrolla sobre la base de que la Constitución Política posee eficacia directa con efectos derogatorios de los preceptos preconstitucionales, por lo que, de existir un conflicto de esa naturaleza, considera es de competencia de los tribunales ordinarios examinar la pérdida de vigencia. La fuerza normativa de la Constitución en el caso concreto, se constató al afirmar el tribunal que el “derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, el cual ya se encontraba reconocido de igual forma por el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos”⁵. Es sugerente el razonamiento de la Corte sobre el derecho de los recurrentes a contraer matrimonio, regulado en la Convención. Sin embargo, en este punto, la Corte Suprema pudo haber argumentado que este es una extensión del derecho a la vida privada, que incluye el matrimonio, cuya protección reconoce de manera expresa el art. 20 de la Constitución.

En esa misma línea, sostuvo que es deber del Estado proteger y fortalecer la familia, “sin que pueda

realizar legítimamente ninguna conducta que pretenda desconocerlo, no obstante, las acciones llevadas adelante por la autoridad administrativa ciertamente, en los hechos, desconocen esta garantía”⁶.

Igualmente, el fallo razonó que la actuación del Registro Civil fue injustificadamente discriminatoria, dado que la exigencia de requerir una cédula de identidad para un extranjero que el mismo servicio se niega a otorgar, “atenta contra la igualdad de derechos e igualdad ante la ley y la justicia de todos las personas que habitan nuestro país, incluido los extranjeros”⁷.

En dicha dimensión, la sentencia considera que la “norma legal, indirectamente y por vía interpretativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al ciudadano extranjero, por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile”⁸.

La sentencia excluye la tesis de que el Servicio recurrido actuó bajo el amparo de la ley, al establecer que las normas cuestionadas, en específico el art. 76 del Decreto Ley N° 1.094, no estaba vigente al ser contraria al art. 19 números 1, 2 y 3 de la Constitución, y el art. 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este último precepto es vinculante y aplicable por la jurisdicción ordinaria chilena, a través del mandato del art. 5 inc. 2 de la Norma Fundamental. Todas las normas señaladas son cronológicamente posteriores y superiores de la disposición cuestionada.

Del análisis referido, puede concluirse que la jurisdicción ordinaria puede invocar la Constitución para fundar una decisión, al ser una fuente directa aplicable, en particular, si se establece una infracción de derechos fundamentales que la misma Constitución consagra en el ámbito de su competencia, lo que es una manifestación de la función conservadora de los tribunales⁹. Los jueces y tribunales ordinarios deberán dar un sentido y alcance a cada caso de la manera que resulte más conforme a la

⁵ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 10°.

⁶ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 10°.

⁷ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 10°.

⁸ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 10°.

⁹ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 6°, realiza un análisis histórico de esta función al interior de la jurisdicción ordinaria.

Constitución, como se evidenció en este asunto. En tal sentido, se afirma que

las constituciones tienen también un carácter jurídico porque contienen normas predominantemente jurídicas, como lo son por ejemplo las relativas a derechos y libertades fundamentales [...] En cuanto a norma jurídica la Constitución es sin duda la cúspide de éstas. En otros términos, a ella se subordinan todas las demás. (Martínez, 2003, p. 718).

Sin embargo, la jurisdicción ordinaria, en Chile, cuando conoce de un conflicto, si advierte una eventual disconformidad entre un precepto legal con la Norma Fundamental, debe seguir las reglas del ordenamiento para que el órgano adjudicador competente la excluya o elimine del sistema, luego de un control de constitucionalidad, sea a través de la declaración de inaplicabilidad sea por inconstitucionalidad. El propio tribunal ordinario, puede plantear requerimientos al Tribunal Constitucional, si duda de la constitucionalidad de la norma previa a su aplicación en el caso particular.

No obstante lo referido, esta sentencia constituye un hito, dado que vuelve a poner en primera línea el problema que generan las leyes preconstitucionales con la Constitución posterior. En este fallo, fue la propia Corte

Suprema quien declaró que el art. 76 del Decreto Ley N° 1.094 estaba derogado tácitamente, sin requerir un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional. Cabe señalar que el fenómeno descrito no es nuevo y sobre el cual existen diversos puntos de vista, como además, no existe una sola solución¹⁰. En las diferencias doctrinarias, se evidencia una jurisprudencia ambivalente en torno a los siguientes puntos: (i) Si verificados los requisitos legales, el vínculo entre la norma anterior y la posterior es la derogación o la inconstitucionalidad de la norma; el debate surge debido a que Constitución es una norma posterior y superior al mismo tiempo; (ii) Según la opción que se adopte, se podrá identificar el tribunal competente: o solo la jurisdicción ordinaria o solo la jurisdicción constitucional o ambas de manera concurrente.

Un elemento novedoso que se introduce en el análisis, es que con posterioridad a este fallo, el Tribunal Constitucional explicitó que poseía la competencia privativa para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida independientemente de si el precepto legal fuere pre o postconstitucional¹¹. Con esa circunstancia inédita en la historia de ambas jurisdicciones, se identifica en nuestro ordenamiento una fricción referida a la definición del órgano competente con atribuciones para decidir tal fenómeno.

3. Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida del art. 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975.

En la sentencia comentada, la Corte Suprema, reconoce la complejidad y tensión entre los conceptos derogación e inconstitucionalidad. No obstante y luego de un desarrollo extenso, identifica que la esencia del efecto derogatorio es “la cesación de la vigencia, en cambio en la inconstitucionalidad es un efecto derivado

de la consecuencia primaria consistente en verificar la invalidez de la norma legal”¹².

Si una norma cesa en su vigencia, en principio, no puede ser aplicada por el órgano adjudicador para resolver un conflicto, salvo en los casos donde expresamente se

¹⁰ Un estudio sobre casos donde los tribunales ordinarios aplican esa tesis, se puede revisar en Rojas Chamaca, Julio (2013). *Derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria: análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005*. Santiago: Editorial Metropolitana, 78 y ss.

¹¹ Conclusiones de la Segunda Jornada de Reflexión Interna. Inconstitucionalidad sobrevenida/derogación tácita ¿control difuso o concentrado?, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Conclusiones-II-Jornada-de-Reflexi%C3%B3n-TC.pdf> [fecha de consulta 10 de marzo 2017]

¹² Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 6.º.

prevea la ultractividad de la norma derogada. La pérdida de vigencia de un precepto puede ser expresa o tácita. La derogación tácita —relevante para este análisis— supone la concurrencia de los siguientes requisitos: i) Puede producirse entre disposiciones normativas homogéneas o entre una disposición normativa y otra jerárquicamente subordinada. ii) Debe existir incompatibilidad total, entendiéndose que existe cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar otra. iii) Requiere de un acto de interpretación más o menos complejo de esclarecimiento del antiguo y nuevo texto legal (Diez-Picazo, 1990, pp. 286-304). Quien determina si un precepto legal está o no vigente es un tribunal ordinario, por ser inherente a la función jurisdiccional, la que como se explicitó en el punto anterior, no tiene limitada o restringida.

La Corte Suprema, sostuvo que en el debate legislativo sobre la ley de reforma constitucional de 2005, se expuso directamente la contingencia de las leyes preconstitucionales, sin existir un pronunciamiento expreso del constituyente derivado, sobre el órgano competente. Se afirmó en el fallo [...] “por lo cual no se excluyó de la competencia de los tribunales ordinarios, la facultad de resolver la derogación de los preceptos legales al constar la contradicción expresa de normas legales pretéritas respecto de una norma constitucional posterior”¹³.

En un sentido análogo, Eduardo Aldunate, sostiene que pese a existir un sistema de control concentrado de

constitucionalidad de normas jurídicas, cuya competencia reside en el Tribunal Constitucional:

[se] pasa por alto que esta magistratura no *resuelve*, para la respectiva gestión judicial, la antinomia entre *Constitución* y precepto legal, sino que la *elimina*, al retirar del universo de fuentes que deberá considerar el juez del fondo, al resolver, el precepto legal cuya aplicación se impugna por inconstitucional. De este modo no se le ha otorgado al Tribunal Constitucional la facultad de resolver estas antinomias y mal podría sostenerse entonces que los jueces del fondo carecen de una atribución, porque ésta se alega entregada al Tribunal, cuando efectivamente no se le ha entregado. (Aldunate, 2009, p. 455).

La Corte Suprema concluyó en este caso que en ausencia de una disposición legal o constitucional que lo explicita, los tribunales ordinarios no se pueden ver limitados en su función de depurar y aplicar el derecho vigente para el caso particular, pues la derogación es el mecanismo formal para tal caso. El Tribunal Constitucional no tiene dentro de sus funciones la derogación, debe declarar la invalidez sea en el modelo de inaplicabilidad, sea de inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, y de la revisión de casos análogos, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios en materia de autorizaciones de matrimonio entre extranjeros y chilenos, es en la actualidad oscilante y sin solución unívoca¹⁴, lo que refleja la complejidad en

¹³ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 6.º.

¹⁴ En efecto, hoy se aprecia un equilibrio en las decisiones de los tribunales superiores ordinarios, dado que existe igual número de fallos que rechazan y acogen las acciones de protección en casos análogos. Por rechazar recursos de protección: sentencia de 22 de septiembre de 2014, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol n° 213-2014, sentencia de 18 de agosto de 2014 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 17.594-2014, sentencia de 22 de septiembre de 2015, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 63.650-2015.

Hasta la fecha de término de este trabajo (diciembre 2017), incluso es posible identificar dos sentencias que acogen recursos de protección en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago con el argumento de la derogación tácita del art. 76 del D.L. 1.094 y que posteriormente fueron revocadas por la Corte Suprema: sentencia de 5 de septiembre de 2017, dictada por la Corte Suprema, Rol n° 28.014-2017, sentencia de 2 de noviembre de 2017, dictada por la Corte Suprema, Rol n° 37.806-2017.

Un primer caso, donde se acoge un recurso de protección con la tesis de la derogación tácita de preceptos preconstitucionales, contra la decisión del Registro Civil, es la sentencia de 7 de agosto de 2015, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 53.381-2015, confirmada por la Corte Suprema el 21 de septiembre de 2015, Rol n° 11.504-2015. Luego del caso de la sentencia analizada y comentada, se identifican en orden cronológico, los siguientes fallos pronunciados por la Corte Suprema de 4 de mayo de 2017, Rol n° 4.732-2017 y dos de fecha 6 de julio de 2017, Rol n° 5.073-2017 que confirmó una sentencia apelada y Rol n° 5.067-2017 que revocó la sentencia de la Corte de Apelaciones y acogió el Recurso de Protección fundado en la derogación tácita. En ambos fallos hay interesantes prevenciones de la ministra sra. Andrea Muñoz y del abogado integrante sr. Jaime Rodríguez. Modificada la integración de la sala, comienzan a rechazarse los recursos de protección intentados.

la determinación del tribunal competente sobre las leyes preconstitucionales.

En otro orden de ideas, se puede observar que quienes adhieren al concepto de inconstitucionalidad sobrevinida del precepto preconstitucional, lo vinculan con el adjetivo invalidez, que es la inconformidad en el resultado del examen de compatibilidad entre una norma inferior y otra superior que es la Constitución.

Una conclusión preliminar, y sobre la cual no existen discrepancias, es que ambas instituciones: derogación e inconstitucionalidad son diferentes. Guastini, observa al menos tres diferencias fundamentales: (a) la derogación es un acto legislativo, fruto de una decisión política, la declaración de inconstitucionalidad es un acto jurisdiccional, fruto de una “afirmación” del derecho; (b) la declaración de inconstitucionalidad supone la invalidez de la norma en cuestión y se funda en ella, la derogación puede operar indiferentemente sobre normas válidas y sobre normas inválidas; (c) la derogación constituye una aplicación del principio *lex posterior*, la declaración de inconstitucionalidad constituye una aplicación del principio *lex superior* (Guastini, 2011, p. 62).

Por otra parte, los efectos de la derogación son pro futuro o *ex nunc*, mientras que la inconstitucionalidad, en principio opera con efecto retroactivo o *ex tunc*, a menos que el ordenamiento haya previsto un efecto diferente, como ocurre en Chile¹⁵.

Del estudio del fallo comentado, se advierte una superposición concreta y no resuelta de competencias entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, al momento de decidir un caso de leyes preconstitucionales incompatibles con la Constitución posterior.

La Corte Suprema argumentó que:
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”, circunstancia que los tratadistas refuerzan en el caso de las normas constitucionales posteriores, pues se conjugan, además los principios jerárquico, supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución al caso¹⁶.

La sentencia reitera la distinción entre derogación e inconstitucionalidad, lo que es un elemento determinante para definir el tribunal competente. En tal sentido, Manuel Aragón, explica:

Si los tribunales pueden considerarla derogada —la ley— es porque fue válida, pero ya no está vigente. Nunca porque sea inválida, pues ello ocasionaría una anulación que a tales tribunales les está vedado realizar. Si el Tribunal Constitucional puede anular una ley es porque, estando vigente, es inválida, no porque haya sido derogada. (Aragón, 1981, p. 200).

La posibilidad de que la jurisdicción ordinaria se vea restringida en la función de aplicar el derecho, sin que exista una exclusión normativa expresa, determinaría una afectación a su función jurisdiccional, regulada en la Constitución, dado que es deber del juez conocer el derecho y resolver el conflicto conforme a él. Aquello constituye la regla procesal *Iura Novit Curia* (Meroi, 2007, p. 382). Por el contrario, la infracción de dicho deber, expone a cualquier juez y tribunal ordinario a una infracción de deberes funcionales esenciales, generando las responsabilidades ministeriales contempladas en el ordenamiento jurídico, por cuanto no se aprecia el carácter prohibitivo de la norma derogatoria.

El Estado de derecho, exige una convivencia armónica entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, las que si bien poseen atribuciones diferentes, en este punto, como se ha visto, muestra una zona compleja, que implica una concurrencia de competencias no buscada

¹⁵ La inaplicabilidad en Chile, es un control concreto, que tiene un efecto invalidatorio *inter partes*, a diferencia de la inconstitucionalidad que es un control abstracto e implica la abrogación de la norma del ordenamiento jurídico, con efecto *erga omnes*, pero con un efecto *pro futuro*, lo que sin duda, es especial dado su carácter anulatorio.

¹⁶ Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2016. Rol N° 35.236-2016, considerando 6.º.

ni prevista, y cuya solución, solo podrá llegar por una adecuada comprensión de los conceptos de derogación e inconstitucionalidad, sus efectos y de las atribuciones de las jurisdicciones encargadas de declararlas. Una propuesta para superar dicha contingencia, la sostiene Manuel Núñez, quien sugiere el uso de la figura de la desaplicación (Núñez, 2012, pp.194-195), entendiendo por tal, “la omisión fundada y legítima del juez de resolver conforme a los criterios indicados en una norma dada”. El autor refiere que debe ser fundada en el sentido que no es obra del arbitrio ni ignorancia y es legítima porque a través de ella el juez se mantiene dentro de la jurisdicción.

La desaplicación “solo afecta la eficacia de una norma y que se diferencia de decisiones que afectan su vigencia (como la suspensión y derogación de las leyes) o su validez (como la anulación)”.

De acuerdo a lo expuesto, cualquier tribunal ordinario podrá cumplir con su función jurisdiccional, que implica interpretación, depuración y aplicación del derecho, recurriendo al sistema íntegro de fuentes, siendo la Constitución una de ellas, sin afectar la esencia del Estado de Derecho en lo que a atribuciones y funciones de sus órganos se refiere.

Conclusiones

Se aprecia un progreso argumentativo de los tribunales ordinarios en hacer materialmente aplicable la Constitución, cuando deben resolver un conflicto intersubjetivo entre partes. La irradiación de la Constitución como fuente, denota su fuerza normativa.

Con todo, es evidente que la sentencia comentada deja visible una vez más, el conflicto existente entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional, para identificar cuál adjudicador es competente para conocer del fenómeno de las leyes preconstitucionales. Tal problema

refleja la concurrencia de competencias entre órganos que tienen funciones diversas.

Sin embargo, de lo analizado no es posible excluir que los tribunales ordinarios puedan derogar tácitamente normas previas incompatibles con la Constitución posterior, dado que es inherente al concepto de jurisdicción depurar, interpretar y aplicar el derecho, como además, por no existir una regulación expresa que así lo manifieste.

Referencias

- Aldunate Lizana, E. (2009). La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho. *Revista de derecho*. Valparaíso. (32), pp.443-484.
- Aragón Reyes, M. (1981). La sentencia del tribunal constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1. pp.185-206.
- Aragón Reyes, M. (1997). El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1. pp.179-204.
- Diez-Picazo, L. (1990) *La derogación de las leyes*. Madrid: Editorial Civitas.
- Diez-Picazo, L. (1985). Constitución, Ley, Juez. *Revista española de Derecho Constitucional* Nº 15, pp. 9-23.
- Guastini, Riccardo (2011). Cinco observaciones sobre validez y derogación, *Discusiones* Nº 2, pp. 59-63.
- Henríquez Viñas, M. (2016). *Las fuentes del orden constitucional chileno*. Santiago: Editorial Thomson Reuters La Ley.
- Martínez Estay, J. I. (2003). El juez y los efectos de la Constitución en el tiempo. *Estudios Constitucionales*, 1 (1). pp.715-737.

Meroi, A. (2007). Iura Novit Curia y decisión imparcial. *Ius et Praxis* 2 (13), pp.379-390.

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, 19 (2) pp.191-236.

Tribunal Constitucional. Conclusiones de la Segunda Jornada de Reflexión Interna. *Inconstitucionalidad sobrevenida/ derogación tácita ¿control difuso o concentrado?*, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/Conclusiones-II-Jornada-de-Reflexi%C3%B3n-TC.pdf> [fecha de consulta 10 de marzo de 2017]