

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”*

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA
Profesor titular de Derecho Constitucional
fzuniga@zcabogados.cl.
Departamento de Derecho Público.
Universidad de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

La declaración de inaplicabilidad como modalidad específica de declaración de inconstitucionalidad en el control jurisdiccional, da origen a dos cuestiones de capital importancia: *Inconstitucionalidad y derogación e inconstitucionalidad formal y material.*

En relación a la *inconstitucionalidad y derogación*, el centro de gravedad es la validez-vigencia de preceptos legales; que en otros ordenamientos da origen a la doctrina de la “*inconstitucionalidad sobrevenida*” para normas legales preconstitucionales que son contrarias a la Constitución vigente. En cuanto a preceptos o normas legales preconstitucionales se ha estimado erradamente que se trata de casos de derogación, fundados en un principio de jerarquía normativa (principio de *lex superior derogat lex inferior*).

Bajo el imperio de la Constitución de 1925 los fallos eran contradictorios; convalidándose a partir de 1978 la doctrina que distingue entre inaplicabilidad y derogación, correspondiendo a “jueces sentenciadores” o del fondo la derogación, y a la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad la inconstitucionalidad de preceptos legales dictados bajo la vigencia de la Constitución. En suma, la jurisprudencia de la Corte Suprema anterior a 1978 no distingue entre derogación tácita e inaplicabilidad (Precht), pero desde 1978 la mayoría de la Corte Suprema no acepta

* Trabajo recibido el 23 de marzo de 2017 y aprobado el 26 de abril de 2017.

entrar a considerar como objeto del recurso de inaplicabilidad la derogación tácita encomendándola a jueces del fondo o instancia o si de amagan derechos por las Cortes vía recurso de protección¹.

Sin embargo, una jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha acogido recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales preconstitucionales. Con todo, ya que a partir de 1985 que no distinguen entre derogación tácita e inconstitucionalidad de preceptos legales, de suerte que en sede de inaplicabilidad se puede conocer de ambas hipótesis, sin perjuicio de atribuciones de los jueces. Precht destaca en este campo la decisión del Ministro R. Retamal en S.C.S. de 31 de diciembre de 1985 (G.J. N° 66, 1985 R. Inaplicabilidad “José de la Cruz Guerra” en relación a D.L. N° 2.695, de 1979, ídem: Recurso de inaplicabilidad “Eitel Enrique Fliter Floto). A partir de 1986 la doctrina minoritaria es sostenida por los Ministros Retamal, Erbeta, Meersohn, Jordán y Zurita (S.C.S. *Gaceta Jurídica* N° 67, pp. 70-73). A partir de 1990 se consolida la nueva doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema (Recurso de Inaplicabilidad: “Campos Canales, Natividad”, S.C.S. de 8 de junio de 1990; “Rute Cubate”, S.C.S. de 1991, en R.D.J., t. 87 (1990), pp. 86-92 y R.D.J., t. 88, pp. 159-164).

Un especial interés en la materia tiene dos fallos de la Corte Suprema, que de manera extractada transcribimos, a saber:

i) *“Que, en efecto, si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general que es la Constitución, ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte declarar la inconstitucionalidad de esta última, si lo es, con sujeción a la que dispone el art. 80 de la Carta Política, que no hace distinción alguna entre leyes anteriores y posteriores a ella.”* (S. Corte Suprema, Recurso de Inaplicabilidad: “Cardone la Rosa”, Rol N° 16947, de 24 de abril de 1992).

ii) *“Que no obstante lo informado a fs. 46 esta Corte estima que no corresponde hacer diferencias entre ley vigente con anterioridad o posterioridad a la Carta Fundamental, en atención a que el artículo 80 no hace diferencia entre una u otra, y aún permite que pueda pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un sistema incompatible con la aplicación de una norma común, siempre dentro del límite establecido por el artículo 80 del texto constitucional. Por lo demás, se debe en consideración que el Decreto Ley N° 2.695 fue formulado durante la vigencia de la Constitución de 1925, cuyas disposiciones sobre aseguramiento del derecho de propiedad tenían el mismo ámbito y se inspiraban en igual principio de aquellos que en su oportunidad*

¹ PRECHT P. (1987), pp. 139-158.

consagraran en el Acta Constitucional N° 3, de 11 de septiembre de 1976, los que a su vez fueron recogidos en la Constitución aprobada en año 1980” (S.C.S. Recurso de Inaplicabilidad “Puga González, Juan Alfaro”, Rol N° 16671, 10 de abril de 1992, R.D.J. t. 89, 1992, pp. 35 y ss.).

II. SENTENCIA CORTE SUPREMA ROL N 35236-2016

a. Antecedentes

La sentencia en sede de apelación de recurso de protección de 30 de agosto de 2016 se origina en la negativa del Servicio de Registro Civil e Identificación (en adelante SRCeI) a la solicitud de hora para contraer matrimonio del ciudadano húngaro, Domonkos Sandor y la ciudadana chilena, Verónica Venegas, basada en que el primero de ellos no contaría con cédula de identidad para extranjeros, documento que por lo demás no puede obtener por encontrarse vigente decreto de expulsión en su contra.

El Servicio Público habría sustentado su decisión principalmente en el artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975, el cual indica: “Los servicios y organismos del Estado o Municipales 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”.

La reciente sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema en los autos Rol N° 35236-2016 resulta de interés por despertar el debate acerca del sistema de justicia constitucional de nuestro país y la competencia de la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad o derogación de normas que sean contrarias a la Constitución Política.

b. Razonamiento de la Corte

Para acoger la apelación la Corte Suprema se valió de diversos argumentos, entre los cuales resultan particularmente interesantes aquel basado en la historia fidedigna en el reconocimiento de los derechos fundamentales que resultaron vulnerados en el presente caso. Así, la Corte señala en su considerando 2° “*Que en nuestro país desde el Reglamento Constitucional de 1812, como en las diferentes Cartas Políticas se ha reconocido a todos los individuos la igualdad en sus diferentes concepciones, esto es en relación a la adquisición, protección y vigencia de los derechos, ante la ley y ante la justicia, asegurándolos de diferente forma, declarando que no*

existen personas ni grupos privilegiados, sin que sea posible establecer discriminaciones arbitrarias, debiendo siempre el Estado cumplir con su obligación de promover el reconocimiento, respeto y vigencia de tales garantías, dado que son inherentes a la dignidad humana, la que igualmente reconoce. Esta tradición que se mantuvo en los antecedentes y en el texto de la Constitución Política de 1980 como en sus reformas posteriores”.

Asimismo, la Corte recurre al derecho natural que sería parte también de la historia fidedigna, señalando que *“por su parte esta Corte Suprema ha sostenido de manera reiterada que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”* (considerando cuarto). Sumado a ello, en la decisión de acoger la apelación presentada en contra del SRCeI aduce que existen diversos principios constitucionales, tales como la libertad de la persona humana y la igualdad, la promoción del bien común y la protección de la seguridad y certeza jurídica, principios y derechos fundamentales que son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, los cuales constituirían disposiciones obligatorias y rectoras de otras normas de la Constitución.

Por último, llama la atención la consideración de derechos fundamentales no recogidos de forma expresa por la Constitución y por tanto fuera del espectro de garantía de la acción de protección, entre ellos y en particular en el presente caso el derecho a contraer matrimonio². Al respecto, la Corte Suprema señala que *“se colige la existencia de derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran expresamente declarados en el texto fundamental, y, entre ellos, está el derecho a contraer matrimonio. De la misma forma, pero de manera expresa, se consagra la igualdad en dignidad y derecho de todas las personas, la igualdad ante la ley y la justicia, como en la tutela judicial de todas estas garantías”* (considerando quinto).

El razonamiento de la Corte Suprema se basa entonces, como veremos más adelante, en la supuesta contradicción e incompatibilidad entre los principios y derechos fundamentales señalados con la norma del Decreto Ley N° 1.094 de

² El derecho a contraer matrimonio está expresamente reconocido en el artículo 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos como “el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

1975 que permite a las autoridades estatales exigir a personas extranjeras que acrediten la legalidad de su residencia, y que es anterior a la Constitución, la cual no tendría vigencia por ser una derogación por inconstitucionalidad sobrevenida.

*c. Corte Suprema y derogación tácita
de normas con inconstitucionalidad sobrevenida*

Lo preocupante de la sentencia en análisis radica en la interpretación que ha dado la Corte Suprema, atribuyéndose una mal entendida facultad de derogación tácita de normas que sean contrarias a la Carta Fundamental, compartiendo las atribuciones que son propias del Tribunal Constitucional para declarar la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las normas.

En efecto, la Corte señala que, en virtud de las funciones conservadoras, el juez tendría la facultad de ejercer un control de constitucionalidad de las leyes y, por tanto, de declarar la derogación de normas pretéritas que sean expresamente contrarias a la Constitución frente a su aplicación en los casos que conoce. Ello según la Corte sería diferente a la facultad radicada en el Tribunal Constitucional.

En palabras del considerando sexto de la sentencia “*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 prior’*”. Es así que la propia Corte Suprema se arroga la facultad de declarar la derogación cuando surja antinomia entre una norma infraconstitucional que sea parte del marco normativo aplicable a un caso y una norma constitucional que actúa como parámetro, lo que en términos expresos corresponde al Tribunal Constitucional como Magistratura en un sistema concentrado de control de normas legales, independiente de la temporalidad.

Este efecto derogatorio que vendría siendo parte de las facultades de los tribunales ordinarios, entre ellos la Corte Suprema, permite que se establezca la vigencia de una norma legal anterior a la Carta Fundamental y que sea incompatible con sus normas, a lo que en palabras de la Corte Suprema “*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*”. (Considerando sexto).

La falta de precisión en la pretensión de considerar como sinónimos los conceptos antes señalados revela la poca prolijidad con la que se ha intentado atribuir funciones a la Corte Suprema respecto de la vigencia de los preceptos legales que

sean parte del marco normativo aplicable a los hechos del caso. La complejidad del sistema de jurisdicción constitucional con la participación de diversos órganos y actores no obsta a que éste siga siendo concentrado, permaneciendo el monopolio de la declaración de inaplicabilidad (o de la vigencia de una norma si se quiere) al Tribunal Constitucional.

Pretender que existe un efecto derogatorio “automático” de las disposiciones que sean contrarias a la Constitución en relación con el principio de temporalidad afecta la seguridad jurídica y derivaría, como consecuencia de su declaración en consecutivos casos, una derogación de facto, cesación de vigencia que requiere de una declaración formal de la autoridad facultada para ello.

Por otra parte, la sentencia se funda en el principio de supremacía constitucional, por el cual una norma de rango inferior pierde eficacia al contrastarse con la Constitución que posee efecto derogatorio como norma suprema. Así se produciría una derogación automática de aquellas normas anteriores a la Constitución y que sean contrarias.

Esta última tendencia de la Corte Suprema puede encontrarse en los mismos términos hace algunos años como prevención del Ministro Sergio Muñoz³, quien en el año 2012 en un caso sobre la aplicación del inciso segundo artículo 171 del Código Sanitario⁴, que fue declarado inconstitucional y, por tanto, derogado por el Tribunal Constitucional mientras el proceso se encontraba vigente, concurrió a la decisión, pero argumentando en base a la facultad de tribunales ordinarios de establecer la vigencia de la norma legal. Señala en efecto que en el caso de desecharse por el Tribunal Constitucional la cuestión de inaplicabilidad le corresponde al tribunal ordinario que se encuentra conociendo de la gestión la facultad de determinar las normas que aplicará al caso, lo que considera también excluir de facto y restarle vigencia a aquellas que sean contrarias a la Carta Fundamental.

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE COMPETENCIA

El 4 de noviembre del presente año, posterior a la sentencia de la Corte Suprema en comento, el Tribunal Constitucional se reúne en la denominada “jornada

³ Corte Suprema, Causa Rol N° 704-2010, sentencia de 12 de junio de 2012.

⁴ El Tribunal Constitucional el 25 de mayo de 2009 declaró inconstitucional, con los efectos del artículo 94 de la Constitución, una parte del artículo 171 del Código Sanitario relativo a la obligación de acompañar comprobante del pago de la multa. STC Rol N° 1345-09.

de reflexión interna” de la cual se publicaron algunas conclusiones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida y la derogación tácita.

Inicia señalando que en virtud al principio de competencia de los órganos del Estado contenido en el artículo 7° de la Constitución Política, éstos sólo pueden hacer lo que les permite expresamente la Constitución y las leyes. En este sentido, en un sistema de justicia constitucional concentrado, sería el Tribunal Constitucional el órgano que posee atribuciones exclusivas y excluyentes para declarar la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de una ley, potestad entregada por la Ley N° 20.050 y el artículo 93 N°s. 6° y 7° de la Constitución.

Continúa señalando que en cuanto a la supremacía constitucional “*en el régimen jurídico en vigor, los jueces están vinculados a la ley, pero también a la Constitución (artículo 6° de ésta). De manera que, si en un caso de que conozcan entienden que la ley aplicable no se conforma con la Carta Fundamental, están obligados a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, única magistratura llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes*”⁵.

Luego, respecto a la legislación preconstitucional y la anotada inconstitucionalidad sobrevenida, concluye que es un problema cuya resolución compete exclusivamente y excluyente al Tribunal Constitucional, lo que ha sido manifestado en diversas sentencias e incluso reconocido por otras magistraturas, que en varias oportunidades han requerido de inaplicabilidad, incluyendo la Corte Suprema.

Sobre la supuesta derogación por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional agrega que no existe en la Carta Fundamental cláusula alguna sobre derogación de normas preexistentes, “ello porque el Constituyente estableció como único mecanismo derogatorio de leyes el contemplado en los artículos 93 N° 7 y 94, inciso tercero”⁶.

IV. CONCLUSIONES

No podemos cerrar este apartado sobre inconstitucionalidad y derogación sin hacer algunas anotaciones teórico-conceptuales. Entendida la derogación como la cesación de vigencia de las normas producida en virtud de una norma posterior o norma de derogación, es conceptualmente distinta de la inconstitucionalidad y

⁵ Tribunal Constitucional. Conclusiones II Jornada de reflexión interna de 4 de noviembre de 2016, p. 1.

⁶ *Ibidem*, p. 2.

de la inconstitucionalidad sobrevenida⁷. La derogación nos sitúa ante las llamadas “antinomias” o incompatibilidad de contenido de normas para un supuesto fáctico idéntico, y para su resolución se establecen los criterios: el cronológico, y con matices el criterio de especialidad frente al criterio cronológico⁸. La derogación puede ser “expresa” o “tácita”, conceptos que arrancan de la voluntad del legislador en relación a los supuestos fácticos de las normas, y la inconstitucionalidad concierne básicamente al conjunto de dispositivos de resguardo de la supremacía de la Constitución, como vértice del ordenamiento jurídico, primera fuente y primera norma. Asimismo, la derogación atañe a normas de igual o inferior rango jerárquico, excluida la Constitución, concepto que arranca del racionalismo jurídico y la Codificación que pretendió borrar los vestigios del abigarrado mundo de fuentes del derecho del antiguo régimen, consagrándose el concepto de fuerza de ley (activa y pasiva).

Luego, la distinción entre derogación e inconstitucionalidad (inaplicabilidad) es técnicamente correcta; por lo que la contradictoriedad de preceptos legales preconstitucionales con la Constitución es un caso de inconstitucionalidad sobrevenida, y no de derogación, dado que ello es inconcebible lógicamente entre ley y Constitución. 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 Constitución⁹. *A contrario sensu*, la derogación opera en el contexto de normas válidas.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia, F. Torres Editor, (trad. A. Ruiz, Miguel), 1980.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María: *La derogación de las leyes*. Madrid, Edit. Civitas, 1990.
- KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho* (trad. R. J Vernengo, de 2ª ed.. Vienes), México, Edit. Porrúa, UNAM, 1ª ed., 6ª reimp., 1991.
- PRECHT P., Jorge: *Derecho Material de Control Judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: Derogación tácita e inaplicabilidad (1925-1987) en XVIII Jornadas de Derecho Público*, Universidad de Concepción, 1987.

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis María (1990), pp. 33-42, 59-90, 107-132, 311-315.

⁸ BOBBIO, Norberto (1980), pp. 349-364.

⁹ KELSEN, Hans (1991), p. 277.