

# COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA VS COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**CONSTANZA HUBE PORTUS**

**RESUMEN:** El siguiente comentario tiene por objeto analizar las sentencias de la Corte Suprema que acogieron dos recursos de protección interpuestos en favor de dos extranjeros, con decretos de expulsión pendientes, contra la negativa de un oficial del Registro Civil e Identificación a dar día y hora para su matrimonio en Chile con ciudadanos chilenos. En ambos casos dichas solicitudes fueron negadas por parte del Registro Civil por carecer los extranjeros de cédula de identidad para extranjeros, exigencia comprendida en una “ley preconstitucional”, cual es el Decreto Ley 1.094 de 1975. La Corte Suprema sostuvo que un tribunal ordinario siempre podrá derogar una norma preconstitucional frente a la certeza que dicho precepto legal es inconstitucional, haciendo valer la fuerza normativa de la Constitución y el principio de aplicación directa. En el comentario, se comparte en general las Conclusiones de las Jornadas de Reflexión publicadas por el Tribunal Constitucional, en cuanto se reconoce que dicha magistratura constitucional tiene atribuciones exclusivas y excluyentes para determinar la constitucionalidad de las leyes, no pudiendo la Corte Suprema estar habilitada para derogar tácitamente un precepto legal preconstitucional o posterior. En efecto, la Corte Suprema desconoce el principio de supremacía constitucional que alega defender, al quebrar el monopolio que detenta el Tribunal Constitucional en esta materia. En esta línea, la Corte Suprema se atribuye una facultad no reconocida por la Constitución o las leyes, cual es la de derogar “tácitamente” preceptos legales, por estimarlos inconstitucionales, con lo que se vulnera los principios básicos de un Estado de Derecho.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Síntesis de los Recursos de Protección. 3. Sentencias de la Corte Suprema, que revocan los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago (voto de mayoría). 3.1 Derecho a contraer matrimonio: derecho fundamental no expresamente reconocido en la Constitución. 3.2 Corte Suprema es competente para definir la vigencia de un precepto legal. 3.3 Principio de aplicación directa de la Constitución. 3.4 Discriminación arbitraria en la exigencia de la Cédula de Identidad para contraer matrimonio. 3.5 Conclusión del voto de mayoría. 4. Voto disidente en las sentencias. 5. Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna del TC: Inconstitucionalidad Sobrevenida / Derogación Tácita ¿Control difuso o concentrado? 5.1 Control concentrado. 5.2 Supremacía constitucional. 5.3 Legislación preconstitucional. 5.4 Derogación por inconstitucionalidad. 6. Competencia de los Tribunales Ordinarios v/s Competencia del Tribunal Constitucional. 6.1 Control de constitucionalidad concentrado de las leyes. 6.2 Potestad exclusiva y excluyente del TC: importancia de la certeza jurídica. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El análisis de este comentario se centra en dos sentencias pronunciadas el día 30 de agosto de 2016, en virtud de las cuales se acogieron dos recursos de protección interpuestos por dos extranjeros, con decretos de expulsión pendientes, contra la negativa de un oficial de la Oficina del Registro Civil e Identificación (en adelante “Registro Civil”) a dar día y hora para su matrimonio en Chile con ciudadanos chilenos.

El primero corresponde al caso de un ciudadano húngaro y una chilena, quienes solicitaron hora para contraer matrimonio en el Registro Civil en Santiago. El segundo se refiere a una ciudadana dominicana y un chileno, quienes –al igual que en el caso anterior– pidieron hora en el Registro Civil de Santiago.

En ambos casos, dichas solicitudes fueron negadas por parte del Registro Civil por carecer los extranjeros de cédula de identidad para extranjeros, en circunstancias que era imposible que la obtuviera ya que, si bien disponían de pasaporte, no se encontraban en una situación migratoria regularizada.

En este contexto, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó ambos recursos de protección interpuestos contra esta negativa del Registro Civil, por medio de dos sentencias de fecha 26 y 27 de mayo de 2016 respectivamente que, apeladas, fueron posteriormente revocadas por la Corte Suprema (Tercera Sala).

En ambos casos la Corte Suprema sostuvo que la exigencia de acreditar residencia legal por parte de extranjeros en Chile para efectos de celebrar el contrato de matrimonio, constituye una norma que se encuentra derogada por las diferentes disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de un extranjero que habita en Chile.

Si bien se podría considerar que esto se trata simplemente de un asunto propio de la jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia, la realidad es que estos pronunciamientos de la Corte Suprema están cargados de contenido constitucional, lo cual no solo es interesante desde la perspectiva de que la citada Corte fundamentó sus fallos en preceptos constitucionales, sino que porque dichas sentencias generaron molestia en el Tribunal Constitucional

(en adelante “TC”). En efecto, el TC en un “hecho inédito”<sup>1</sup> hizo públicas las conclusiones de sus jornadas de reflexión, en la que explícitamente se refieren a la tesis de los fallos de la Corte Suprema aludidos, objetando tanto sus argumentos, como sus conclusiones.

En este sentido, y como se verá en los acápite siguientes, el TC considera que tras la reforma constitucional del año 2005<sup>2</sup>, el único órgano que tiene atribuciones –exclusivas y excluyentes– para declarar inaplicable e inconstitucional una norma de rango legal es él, sea que se trate de una ley preconstitucional o posterior, a cuyo respecto el ordenamiento no distingue.

Así las cosas, el asunto tratado en los recursos de protección aludidos no solo constituyen precedentes relevantes desde la perspectiva del derecho civil, y particularmente del derecho a contraer matrimonio, sino que además se refiere a una pugna de competencias entre la Corte Suprema y el TC. Es precisamente sobre este último punto se va a tratar este comentario.

## 2. SÍNTESIS DE LOS RECURSOS DE PROTECCIÓN.

Tal como se señaló en el acápite anterior, el objeto de este comentario está centrado en dos recursos de protección interpuestos ante la Corte de Apelaciones de Santiago durante el año 2016. El primero fue presentado el día 22 de abril de 2016 en favor de la ciudadana dominicana Johanny Rodríguez Ortiz y el chileno Alberto Mancilla Bustamante<sup>3</sup>, mientras que el segundo se refiere al caso del ciudadano húngaro Domonkos Sandor y la chilena Verónica Venegas Cáceres, interpuesto el día 2 de mayo de 2016 ante la aludida Corte de Apelaciones<sup>4</sup>. En ambas situaciones<sup>5</sup>, los hechos relatados en los respectivos recursos de protección son esencialmente los mismos, ya

<sup>1</sup> El profesor Luis Cordero calificó como un “hecho inédito” que el TC hiciera pública las conclusiones de sus jornadas de reflexión sobre este tema. Ver en Revista El Mercurio Legal (Edición N°14, diciembre de 2016), p. 43.

<sup>2</sup> Ley N° 20.050, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, 26 de agosto de 2005.

<sup>3</sup> Rol 31.513-2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>4</sup> Rol 34.170-2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>5</sup> En el recurso de protección interpuesto por el señor Sandor y la señora Venegas se señala que existe un decreto de expulsión pendiente desde el año 2010 y; en el caso del recurso de protección de la señora Rodríguez y el señor Mancilla, el decreto de expulsión estaría pendiente desde el año 2014.

que en ambos casos el Registro Civil exigió a los recurrentes extranjeros exhibir su cédula de identidad chilena para efectos de realizar el trámite de solicitar día y hora con el objeto de contraer matrimonio. Frente a esta negativa, los recurrentes señalan que no cabe otra conclusión que considerar que para el Registro Civil, una persona extranjera sin cédula chilena no puede celebrar matrimonio en Chile, a pesar de que no existe duda de su identidad y capacidad.

Así las cosas, y teniendo en cuenta esta situación, en ambos casos, los recurrentes sostienen que estaríamos frente a una situación de privación del ejercicio del derecho establecido en el artículo 19 N° 2 correspondiente al derecho de igualdad ante la ley. Lo anterior, ya que en ambas situaciones, el Registro Civil habría discriminado arbitrariamente, toda vez que no se justificaría, ni fundamentaría de forma alguna el rechazo de la petición de matrimonio. Esto último, ya que contraer matrimonio constituiría un derecho esencial a la persona, no pudiendo la situación migratoria condicionar el ejercicio de dichos derechos esenciales.

El Registro Civil por su parte, sostuvo en sus respectivos informes<sup>6</sup> –entre otros argumentos– que su actuación se sustenta principalmente en el artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975 (en adelante “DL 1.094”) y en el artículo 92 en el Decreto con Fuerza de Ley N°2128, que aprueba el Reglamento Orgánico del Registro Civil (en adelante “Reglamento del Registro Civil”). Así, por una parte, el artículo 76 del DL 1.094 dispone: *“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 están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato”* (énfasis agregado). En esta línea, el artículo 92 del Reglamento del Registro Civil establece que *“Antes de proceder a extender una inscripción, el Oficial Civil deberá cerciorarse previamente de la identidad personal del compareciente o contrayentes y dejará constancia en la inscripción de los medios por los cuales se ha comprobado esa identidad. Dichos medios no podrán ser otros que los siguientes: 1.o) Presentación de la cédula de identidad personal, de cuyo número deberá dejarse constancia en la inscripción; 2.o) Conocimiento personal del Oficial; y 3.o) Presentación hecha por dos testigos que exhiban su cédula de identidad,*

<sup>6</sup> Ordinario N°1531 de fecha 16 de mayo de 2016 correspondiente al Rol N°34.170-2016 y Ordinario N°1438 de fecha 6 de mayo de 2016 correspondiente al Rol N° 31.513-2016.

*de cuyos números se dejará constancia, o sean conocidos del Oficial Civil. Estos medios se emplearán en el orden establecido más arriba, esto es, no se recurrirá al 2.º sino a falta de cédula de identidad, y así sucesivamente”* (énfasis y subrayado agregado).

En este sentido, el Registro Civil concluye que no se encuentra en condiciones de celebrar un matrimonio si uno o ambos contrayentes se encuentran indocumentados o residiendo en forma ilegal en el país, debiendo primeramente regularizar su situación.

Así las cosas, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos de protección interpuestos desestimando la arbitrariedad que se alega, pues “*no se advierte en lo absoluto que en la decisión de no permitir la celebración del matrimonio de los recurrentes se haya procedido contrariando la razón o por mero capricho. Por el contrario, la actuación del órgano recurrido se ha ajustado en todo momento a la normativa legal y reglamentaria que lo regula y dentro de los parámetros que dicta la prudencia y el ejercicio razonable de la función”* (énfasis agregado)<sup>7</sup>.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, y en conformidad a lo ya señalado, la Tercera Sala de la Corte Suprema revocó ambas sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, por medio de dos fallos dictados el día 30 de agosto de 2016, ordenando en consecuencia al Registro Civil a otorgar hora a los recurrentes y reconociendo el derecho a contraer matrimonio sin los obstáculos propios de carecer –los recurrentes extranjeros– de cédula de identidad para extranjeros.

### 3. SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA, QUE REVOCAN LOS FALLOS DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (VOTO DE MAYORÍA)<sup>8</sup>

Como se señaló, la Corte Suprema decidió revocar las sentencias de la Corte de Apelaciones en los casos aludidos, permitiéndole a los recurrentes contraer matrimonio. La Corte Suprema fundamentó su decisión en que las normas aludidas por parte del Registro Civil (especialmente el

<sup>7</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago (Duodécima sala), Rol N° 31.513-2016, Considerando 6° y Rol N° 34.170-2016, Considerando 5°.

<sup>8</sup> Sentencia Corte Suprema (Tercera sala), Rol N° 35.236-2016 y Rol N° 35.237-2016. Concurrieron al voto de mayoría el ministro Carlos Aránguiz y el abogado integrante Jorge Lagos. La prevención fue redactada por el ministro Sergio Muñoz.

artículo 76 del DL 1.094 y el artículo 92 del Reglamento del Registro Civil) –y que justificarían su actuación– se encuentran tácitamente derogadas por el texto constitucional vigente. Esta fundamentación y análisis por parte de la Corte Suprema será el objeto de este acápite.

### 3.1. Derecho a contraer matrimonio: derecho fundamental no expresamente reconocido en la Constitución

En primer lugar, y a modo introductorio, la Corte Suprema –en ambas sentencias– comienza explicando latamente, que el derecho a contraer matrimonio constituiría un derecho esencial que emana de la naturaleza humana y que si bien no se encontraría expresamente consagrado en la Constitución, sí estaría protegido. Es así como la Corte Suprema sostiene el reconocimiento del derecho natural como límite de la soberanía teniendo como fuente el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución<sup>9</sup>.

De esta manera, el máximo tribunal, citando a Jaime Guzmán<sup>10</sup> y a Eugenio Evans<sup>11</sup> –miembros de la Comisión de Estudios de

<sup>9</sup> Artículo 5° inciso 2° de la Constitución: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

<sup>10</sup> El Considerando N° 2 de ambas sentencias disponen en lo pertinente: “Jaime Guzmán Errázuriz expresa las siguientes ideas: 1.- ‘La soberanía no puede tener ni tiene límite en el derecho positivo; 2.- Corresponde crear mecanismos para dinamizar el contenido de las normas constitucionales de acuerdo a la evolución social, por lo que no pueden haber normas irreformables; 3.- Resultaría perjudicial sostener que los límites de la soberanía son los derechos que se enunciar expresamente, pues la Constitución no está obligada a contemplar todas las garantías que amparan a la persona humana; 4.- **La soberanía tiene un solo límite fundamental: El Derecho Natural, lo que no puede decirse por ser una expresión vaga, doctrinaria y conflictiva;** 5.- El verdadero límite de la soberanía son los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana; 6.- Este límite debe estar por encima del derecho positivo; 7.- El Derecho Natural en la forma expresada debe proyectarse conceptualmente en el bien común; 8.- Es así que **pueden existir derechos no declarados expresamente en el texto constitucional y atentar en contra de ellos es igualmente ilegítimo, como el derecho al matrimonio, por ejemplo**” (énfasis agregado). Cita correspondiente a la Sesión 49°, de 27 de junio de 1974, página 17, Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

<sup>11</sup> El Considerando N° 2 de ambas sentencias disponen en lo pertinente: “El comisionado señor Evans de la Cuadra agrega que Jaime Guzmán ‘ha dado en el clavo’, y si no se quiere señalar que el límite de la soberanía es el Derecho Natural, está bien que se recurra a los valores y bienes jurídicos referidos. Se extraerá como consecuencia trascendental que se está reconociendo como limitada la soberanía propiamente tal, y no se trata solamente de im-

la Nueva Constitución— señala que la Constitución avanza en el reconocimiento de todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, conforme se expresa en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución<sup>12</sup>, aun cuando no estén expresamente establecidos en el ordenamiento jurídico positivo, como sería el derecho al matrimonio.

### 3.2. Corte Suprema es competente para definir la vigencia de un precepto legal

Luego, entrando en la materia de vigencia de los preceptos legales preconstitucionales, la Corte Suprema sostiene que los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, ya que tratándose de una norma constitucional posterior, se puede recurrir tanto a un criterio temporal para resolverlo, como a los principios jerárquico, de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución.

Específicamente, la Corte Suprema determinó lo siguiente: “*De esta forma 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, suprema constitucional y aplicación directa de la constitución al caso*” (énfasis agregado)<sup>13</sup>.

---

*poner requisitos formales para su ejercicio por el poder constituyente derivado, como sería el caso que se exigiere un quórum diferente para modificar en esta parte la Constitución, porque ello no implica imponer límites a la soberanía, sino que requisitos formales para su ejercicio. Propone así distinguir entre limitaciones de la soberanía y las imposiciones que se harán al tratar la reforma a la Constitución. Pero tal límite debe conceptualizarse de una manera muy amplia, muy generosa, muy comprensiva y no restrictiva”. Referencia contenida en Sesión 49°, de 27 de junio de 1974, página 18, Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.*

<sup>12</sup> Ver en Considerando N° 3 de las sentencias.

<sup>13</sup> Considerando N° 6 de ambas sentencias.

### 3.3. Principio de aplicación directa de la Constitución

A juicio de la Corte Suprema, un tribunal ordinario siempre podrá derogar una norma, frente a la certeza que dicho precepto legal es inconstitucional, haciendo valer la fuerza normativa de la Constitución y el principio de aplicación directa reconocido en el artículo 6° de la Constitución.

En este sentido, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente: *“En otras palabras, los tribunales ordinarios pueden, bajo la aplicación de preceptos constitucionales, establecer la vigencia de la norma legal anterior que contradice la norma constitucional, que 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”* (énfasis agregado)<sup>14</sup>.

### 3.4. Discriminación arbitraria en la exigencia de Cédula de Identidad para contraer matrimonio

Teniendo en cuenta que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, el que se encuentra reconocido –además del artículo 5° inciso 2° de la Constitución– en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyéndose en una de las formas en que se puede fundar una familia, resulta injustificadamente discriminatoria la exigencia de presentación de la cédula de identidad para contraer matrimonio.

En este sentido, la Corte Suprema específicamente señaló que *“A lo anterior, se agrega la igualdad de derechos e igualdad ante la ley y la justicia de todas las personas que habitan nuestro país, incluidos los extranjeros, por lo cual resulta injustificadamente discriminatoria la exigencia efectuada a quienes no son nacionales chilenos que se encuentran irregularmente en nuestro país que presenten su Cédula de Identidad para contraer matrimonio, la cual el mismo Servicio se niega a otorgar”*<sup>15</sup>.

### 3.5. Conclusión del voto de mayoría

Por los razonamientos sintetizados en las secciones anteriores, la Tercera Sala de la Corte Suprema, llegó a la conclusión que la norma legal del artículo 76 del DL 1.094 se encuentra derogada por las

<sup>14</sup> Considerando 6 de ambas sentencias.

<sup>15</sup> Considerando 10° de ambas sentencias.

diferentes disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de un extranjero que habita en Chile<sup>16</sup>.

De esta manera, al carecer el Registro Civil de sustento legal que lo respalde –debido a la derogación del precepto legal anteriormente aludido–, el proceder de dicha autoridad es contraria a las normas constitucionales actualmente vigentes, por lo que los recursos interpuestos fueron acogidos, amparando los derechos fundamentales de las personas por quienes se recurren, al infringirse la igualdad ante la ley y efectuarse discriminaciones arbitrarias a su respecto para contraer matrimonio<sup>17</sup>.

#### 4. VOTO DISIDENTE EN LAS SENTENCIAS<sup>18</sup>

El voto disidente sostuvo su posición en dos argumentos principalmente: (i) que la actuación del Registro Civil no es ilegal, ni arbitraria y; (ii) que no se ha recurrido al TC por parte de los legitimados.

Con respecto a la primera fundamentación, el voto disidente plantea que el Registro Civil, por mandato legal “*se encuentra obligado a denegar la solicitud de celebrar el contrato de matrimonio en relación los solicitantes que no comprueben su residencia legal y, en cambio, sí es posible acceder respecto de quienes cumplen ese presupuesto*”<sup>19</sup>. En este sentido, atendida la situación migratoria de los recurrentes, no puede reprocharse arbitrariedad en la conducta del Registro Civil. Lo anterior ya que la negativa de dicho organismo no obedeció propiamente a la falta de cédula de identidad de los recurrentes sino a la condición de residentes irregulares de uno de los pretendidos contrayentes.

En relación con el segundo argumento –objeto de este comentario– las ministras disidentes plantean que “*en estos autos los recurrentes no han planteado ante el Tribunal [Tribunal Constitucional] la inapli-*

<sup>16</sup> Ver en parte final del Considerando 10° de ambas sentencias.

<sup>17</sup> Ver en Considerando 11° de ambas sentencias.

<sup>18</sup> Voto disidente correspondió a las ministras Rosa Egnem y María Eugenia Sandoval, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada.

<sup>19</sup> Voto disidente N° 5 de ambas sentencias.

*cabilidad del artículo 76 del D.L N° 1.094, cuestión que tampoco integró el análisis de la Corte de Apelaciones ni por esta Corte*<sup>20</sup>.

En este sentido, el voto disidente cita el artículo 93 de la Constitución que le otorga al TC la atribución de conocer los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En efecto, la citada disposición establece lo siguiente: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6°.- Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”, indicando al afecto que “*En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*”<sup>21</sup>.

De esta manera, y si bien las ministras disidentes no fueron explícitas en disponer que el TC tiene competencia exclusiva y exclusiva en materias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales, las referencias que hacen a los citados preceptos constitucionales dan a entender su opinión respecto a qué tribunal (Corte Suprema o Tribunal Constitucional) es competente para conocer de la materia objeto de las sentencias.

## 5. CONCLUSIONES DE LA II JORNADA DE REFLEXIÓN INTERNA DEL TC: INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA / DEROGACIÓN TÁCITA ¿CONTROL DIFUSO O CONCENTRADO?

Tal como se anunció en el acápite 1 de este comentario, el TC hizo públicas las conclusiones de sus jornadas de reflexión, en las que

<sup>20</sup> Parte final del Voto disidente N° 4.

<sup>21</sup> Artículo 93 inciso 10° de la Constitución.

explícitamente se refieren a la tesis de los fallos de la Corte Suprema aludidos, objetando tanto sus argumentos, como sus conclusiones<sup>22</sup>.

En este sentido, las conclusiones del TC en la aludida Jornada de Reflexión se pueden resumir de la siguiente manera:

### 5.1. Control concentrado<sup>23</sup>

En esta materia, el TC señala que posee atribuciones exclusivas y excluyentes para declarar inaplicable e inconstitucional una ley, sin distinguir si esta ley es previa o posterior a la Constitución o sus reformas, conforme al principio de competencia que regula la actuación de los órganos del Estado, según el cual estos pueden hacer lo que les permite expresamente la Constitución o las leyes (artículo 7° de la Constitución)<sup>24</sup>.

A juicio del TC, dicha potestad exclusiva y excluyente le fue otorgada expresamente por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, y así aparece consagrada en el artículo 93 Nos. 6° y 7° de la Constitución vigente.

En esta línea, el TC señala que este sistema de justicia constitucional concentrado, tiene por objetivo radicar exclusivamente en el TC el examen de conformidad de las leyes con la Carta Fundamental, *“impidiendo que los jueces eludan la aplicación de la ley, a pretexto de ser incompatible o disconforme con la Constitución, dando lugar así, a una dispersión gravemente dañosa para la certeza y seguridad jurídica así como para la estabilidad de las instituciones”*.

<sup>22</sup> Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna, Inconstitucionalidad Sobvenida / Derogación Tácita ¿Control Difuso o Concentrado?, 4 de noviembre de 2016. Dichas conclusiones fueron adoptadas por la unanimidad de los ministros del TC.

<sup>23</sup> Conclusión N° 1 de la II Jornada de Reflexión Interna.

<sup>24</sup> Artículo 7° de la Constitución: *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*

*Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.*

## 5.2. Supremacía constitucional<sup>25</sup>

Con respecto a este punto, el TC sostiene que los jueces que conocen de casos en que la ley aplicable no se conforma con la Constitución, están obligados a plantear la cuestión ante el TC, ya que es la “única magistratura llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes”.

Así, el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado es órgano legitimado para promover la cuestión ante el TC.

## 5.3. Legislación preconstitucional<sup>26</sup>

En este sentido, las leyes preexistentes que pugnen con la nueva Constitución o con sus reformas, “*generan un problema de inconstitucionalidad sobrevenida, cuya resolución compete de manera exclusiva y excluyente al Tribunal Constitucional*”<sup>27</sup>.

Luego, el TC señala que “*sea que se trate de una ley preconstitucional o posterior, a cuyo respecto el ordenamiento no distingue, su inconformidad con la Carta Fundamental solo puede declararla el Tribunal Constitucional*”. En esta línea, el TC recuerda que tanto es así, que en diversas oportunidades han decidido requerir de inaplicabilidad, no solo los tribunales de primera instancia o los de alzada, sino que lo ha efectuado la propia Corte Suprema.

## 5.4. Derogación por inconstitucionalidad<sup>28</sup>

Finalmente, el TC sostiene que la Constitución no incorpora cláusulas derogatorias de normas preexistentes que pudieran contrariarla, ya que el constituyente estableció como único mecanismo dero-

<sup>25</sup> Conclusión N° 2 de la II Jornada de Reflexión Interna.

<sup>26</sup> Conclusión N° 3 de la II Jornada de Reflexión Interna.

<sup>27</sup> En esta línea, el TC cita jurisprudencia, tanto de dicha magistratura constitucional, como de la Corte Suprema, señalando que “*Esta ha sido su posición invariable, manifestada en sentencias Roles N°s 991-07; 2341-12; y 2647-14. El mismo criterio adoptó en su momento la Corte Suprema, a partir de su sentencia Rol N° 14.444, de 8 de junio de 19990, lo que fue reafirmado enfáticamente en su sentencia Rol N°3419, de 20 de diciembre de 2002*”.

<sup>28</sup> Conclusión N° 3 de la II Jornada de Reflexión Interna.

gatorio de leyes el contemplado en el artículo 93 N° 7<sup>29</sup> y artículo 94 inciso 3°<sup>30</sup> de la Carta Fundamental.

En este sentido, el TC considera que desde el momento en que dicha magistratura constitucional declara inaplicable un precepto legal, se abre la posibilidad para que, por medio de un procedimiento reglado y con un quórum especial, este sea declarado inconstitucional y con efecto *erga omnes*, lo que genera en consecuencia la derogación de la norma.

El TC concluye que lo anterior es de “*suma relevancia para garantizar la seguridad jurídica, pues ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, la facultad para declarar —por sí y ante sí— la derogación de una norma legal por considerarla contraria a la Constitución*”.

## 6. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS VS. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Chile, el asunto sobre la competencia de los tribunales ordinarios para resolver el conflicto entre una ley preconstitucional y la Constitución posterior no está expresamente tratado. En efecto, no existe una disposición expresa sobre la materia, ni tampoco jurisprudencia lo suficientemente clarificadora al respecto, por lo que parte de la doctrina ha estimado que este tema no se encuentra cerrado<sup>31</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, y a partir de la discusión de la reforma constitucional del año 2005, sí es posible concluir que la voluntad del Constituyente derivado fue más bien apuntar a un control de constitucionalidad de las leyes concentrado en el TC y no un sis-

<sup>29</sup> Artículo 93 N°7 de la Constitución: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 7°.- Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior*”.

<sup>30</sup> Artículo 94 inciso 3°: “*En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 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*” (énfasis agregado).

<sup>31</sup> SILVA (2011) p.308.

tema difuso, en el que la Corte Suprema cumpliera un rol en esta materia. Lo anterior, teniendo en cuenta lo que explicaremos a continuación.

### 6.1. Control de constitucionalidad concentrado de las leyes

Como es sabido, la reforma constitucional del año 2005 significó para el TC ver incrementadas sus facultades de control de las leyes en dos aspectos: (i) El traspaso de la facultad de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales, que antes residía en la Corte Suprema y; (ii) la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de estos tras su declaración de inaplicabilidad.

Con respecto a la primera de estas facultades, se consideró por parte importante de la doctrina<sup>32</sup>, que la Corte Suprema no ejercía correctamente su función, y que como regla general tendía a rechazar requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que terminaba convirtiéndose en un mecanismo poco eficaz<sup>33</sup>. Es por lo anterior que se consideró adecuado traspasar dicha facultad al TC, adicionando la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales previamente declarados inaplicables.

Es así como durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005 se planteó la importancia de consagrar un sistema de control de constitucionalidad concentrado –en desmedro de un sistema difuso–, en el cual solo el TC tuviera el rol de determinar si una ley –preconstitucional o posterior– podía ser declarada conforme o contraria a la Carta Fundamental. De esta manera, el profesor y ex presidente del TC, Juan Colombo señaló durante la discusión de la reforma constitucional del 2005 –y a propósito de la reforma en materia de atribuciones del TC– que la tendencia que prevalece es la del control concentrado, ya que la Constitución debe tener una interpretación uniforme, regida por reglas totalmente distintas a las reglas de interpretación del Código Civil, claramente establecidas para la interpretación constitucional, y realizada por órganos altamente especializados<sup>34</sup>. Luego, en la misma discusión, señaló que él es partidario de los Tribunales Constitucionales propiamente tales, pues la Corte Suprema

<sup>32</sup> GÓMEZ (2003) pp. 50-59.

<sup>33</sup> Ver en MARTINEZ (2005) pp. 457.

<sup>34</sup> PFEFFER (2005) pp. 377-378.

*“dentro del mecanismo de la organización de la justicia, vela fundamentalmente por el cumplimiento de la ley y eso está claro dentro de toda la mecánica del recurso de casación en el fondo, que persigue justamente que todo el mundo sea igual ante la ley. Si se produce un problema de constitucionalidad, incluso de la ley, tiene que acudir a un órgano especializado para que dirima si esa ley es o no constitucional”* (énfasis agregado)<sup>35</sup>.

En esta misma línea, el ex Ministro del TC Eugenio Valenzuela, durante la discusión de la aludida reforma, señaló que el objetivo de sustraer el conocimiento del recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema y entregarlo al TC consiste en *“concentrar el principio de supremacía constitucional en un solo organismo”*<sup>36</sup>.

De esta manera, 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. Esta fue precisamente la razón por la cual se sustrajo el recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema, con el objeto de concentrar todo el conocimiento de una potencial ley inconstitucional en el TC, estableciendo un verdadero “monopolio” de dicha magistratura constitucional en la inaplicabilidad y posterior invalidación de las leyes<sup>37</sup>. Lo anterior, ya que se estimaba que la duplicidad de controles –por parte de la Corte Suprema y el TC– *“no favorecía la coherencia e integridad de la Constitución”*<sup>38</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Suprema pareciera no tomar en consideración, el sistema de control de constitucionalidad concentrado aprobado por el Constituyente derivado a partir de la reforma constitucional del año 2005. Por el contrario, la Corte Suprema al pretender derogar “tácitamente” los preceptos legales desarrollados en los acápites anteriores está desconociendo el propio principio de supremacía constitucional que alega defender, al quebrar el monopolio que detenta el TC en esta materia, el que tiene atribuciones exclusivas y excluyentes para el control de constitucionalidad de las leyes (no distinguiendo entre leyes preconstitucionales o posteriores).

<sup>35</sup> PFEFFER (2009) pp. 378.

<sup>36</sup> Historia de la Ley N°20.050, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, p. 337.

<sup>37</sup> GÓMEZ (2005) p. 651.

<sup>38</sup> GÓMEZ (2005) p. 652.

En este sentido, pareciera que la Corte Suprema excede su competencia, pretendiendo derogar y por tanto terminar con la vigencia de un precepto legal, sin intervención alguna del TC.

## **6.2. Potestad exclusiva y excluyente del TC: importancia de la certeza jurídica**

Uno de los principales argumentos planteados por la Corte Suprema consiste en señalar que los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, ya que tratándose de una norma constitucional posterior, se puede recurrir tanto a un criterio temporal para resolverlo, como a los principios jerárquico, de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución. Es decir, la Corte Suprema basó su argumentación en los principios constitutivos del Estado de Derecho para sostener que sí tiene competencia para derogar tácitamente normas preconstitucionales. Sin embargo, la realidad, es que precisamente por esos mismos principios contenidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución, es posible concluir que la Corte Suprema no tiene atribuciones para, por causa de inconstitucionalidad, derogar tácitamente preceptos legales –preconstitucionales o posteriores– al ejercer facultades no comprendidas en la Constitución.

En efecto, y en primer lugar la Corte Suprema señala que tendría competencias para derogar una norma preconstitucional en virtud del principio de supremacía constitucional.

Pues bien, en este sentido, y a modo introductorio cabe aclarar que dicho principio puede ser analizado desde dos perspectivas. Por un lado, en la lógica del deber de todas las autoridades públicas de respetar la Carta Fundamental. Por otro, apuntando al deber (o mandato) de que todas las demás normas jurídicas se sujeten a la Constitución. En esta línea, cabe señalar que nuestra institucionalidad está basada en un Estado de Derecho, caracterizado, entre otras cosas, por una efectiva separación de las funciones estatales y que las relaciones entre los distintos órganos de poder están regidas por la denominada “deferencia” o “deferencia razonada”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> El concepto de deferencia encierra dos sentidos complementarios. Significa, en primer lugar, que los poderes públicos se deben una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía. La deferencia, en segundo lugar, demanda de cada órgano del Estado el reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho de tomar decisiones con relativa autonomía. Ver en ZAPATA (2011) p. 227.

En este contexto, uno de los elementos constitutivos de la denominada “deferencia razonada” es la presunción de constitucionalidad de las leyes<sup>40</sup>, lo cual es relevante –en este caso– para dejar en evidencia la vulneración a los principios consagrados del Estado de Derecho por parte de la Corte Suprema. En efecto, la presunción de constitucionalidad puede ser entendida como aquella según la cual las leyes vigentes se reputan constitucionales, obligando al TC, entre otras cosas, a que, confrontando la Carta Fundamental con una norma reprochable, prefiera, en principio declarar la inaplicabilidad para el caso concreto antes que la declaración general de inconstitucionalidad<sup>41</sup>.

Es decir, en principio toda ley se presume constitucional, a menos que el TC de modo excepcional, y declarando la inaplicabilidad de un precepto legal en un caso concreto –antes de la inconstitucionalidad– establezca lo contrario. En este sentido, mal puede la Corte Suprema u otro tribunal ordinario de justicia determinar que un precepto legal se encuentra “tácitamente” derogado. Lo anterior, no solo porque la determinación de un precepto legal como inconstitucional es una situación derechamente excepcional, sino que porque el llamado a ejercer dicha facultad excepcional es el TC.

Esto es de alguna manera reconocido por el senador señor Aburto, paradójicamente citado por la Corte Suprema en sus sentencias, el que durante la tramitación de la reforma constitucional del 2005 manifestó que “*en torno a las acciones de inaplicabilidad hay una situación que se ha discutido mucho en la Corte Suprema. Señaló que si se plantea la inconstitucionalidad de una ley vigente, no hay problema; pero, a la inversa, si la ley es seguida por una norma constitucional diferente, se ha entendido que la Constitución deroga la ley. Esta hipótesis también ha motivado la presentación de recursos de inaplicabilidad*” (énfasis agregado)<sup>42</sup>. En este sentido, el senador Aburto planteaba que es posible la hipótesis de la derogación –tesis que no compartimos– de una ley preconstitucional, pero que en ese caso la manera de proceder es la interposición de un recurso de inaplicabilidad por

<sup>40</sup> Los dos elementos constitutivos del principio de “deferencia razonada” son: (1) el respeto a la “autonomía del legislador” y; (2) la “presunción de constitucionalidad de los actos del legislador y del administrador”. Ver en ZAPATA (2011) p. 233 y siguientes.

<sup>41</sup> ZAPATA (2011) p. 244.

<sup>42</sup> Historia de la Ley N° 20.050, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, p. 338-339.

inconstitucionalidad, el que luego de la reforma constitucional del año 2005 está radicado exclusivamente en el TC.

En esta misma discusión, el ex Ministro del TC Eugenio Valenzuela se pronunció respecto a la situación de las leyes preconstitucionales, contraviniendo la tesis de la derogación, por considerar que dicha hipótesis no se encuentra expresamente dispuesta en la Constitución, señalando además que la Corte Suprema ha ido dejando sin efecto dicha teoría. Específicamente, el ex Ministro Valenzuela sostuvo lo siguiente: *“En cuanto a la dictación de una norma legal y posteriormente de otra constitucional que se contraponen –caso conocido como leyes preconstitucionales–, efectivamente, algunos, y la Corte Suprema en un comienzo, sostuvieron la teoría de que cuando la norma era anterior a la Constitución, ésta última derogaba la norma, pero esa teoría ha ido siendo dejada de lado por la Corte Suprema, cuyo criterio, hoy, es que hay una inconstitucionalidad y no una derogación. A su juicio, esta es la correcta doctrina porque la inconstitucionalidad y la derogación son dos institutos jurídicos diferentes y la inconstitucionalidad es siempre previa a la derogación. Para que haya derogación tácita es necesario que dos textos se contrapongan y, desde el momento en que los textos legal y constitucional se contraponen, ya se generó el vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, la derogación no tiene sentido; hay derechamente una inconstitucionalidad y no una derogación”* (énfasis agregado).

Teniendo en cuenta lo anterior, 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.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, al atribuirse la Corte Suprema una autoridad o derecho que no se le ha otorgado por la Constitución o las leyes, la Corte estaría vulnerando la “regla de derecho”, cual es que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (artículo 7° inciso 2° de la Constitución). Este es un elemento esencial para la existencia de un verdadero Estado de Derecho, y constituye una garantía para las personas respecto del control efectivo de los entes públicos, en la medida que asegura un comportamiento ajustado a parámetros conocidos y predecibles.

Esta garantía ha sido abiertamente vulnerada por la Corte Suprema en las sentencias aludidas en este comentario, al sostener que no solo dicha Corte, sino que todos los tribunales ordinarios tienen la facultad de derogar “tácitamente” normas legales, por estimar que aquellas son inconstitucionales. Esto último genera una gran incertidumbre jurídica, en el entendido que en base a esta tesis, todos los tribunales ordinarios del país gozarían de la atribución de declarar inconstitucional una ley, con lo que se terminaría completamente con el control de constitucionalidad concentrado, suprimiendo la certeza jurídica en esta materia.

En este sentido, cabe citar al profesor Mohor que ha señalado que la *“inaplicabilidad de un precepto legal, pone de manifiesto la improcedencia jurídica de que algún órgano del Estado puede decidir, por sí y ante sí, dejar de aplicar un precepto legal a pretexto de que produciría efectos contrarios a la Constitución, puesto que si ni aun un tribunal de justicia, cualquiera sea su jerarquía, puede válidamente hacerlo, con mayor razón cabe excluir a cualquier otro órgano que no ejerce jurisdicción. Lo contrario haría simplemente inviable el funcionamiento del Estado y la inseguridad jurídica pasaría a reinar en todos los ámbitos del quehacer nacional”* (énfasis agregado)<sup>43</sup>.

## CONCLUSIONES

La reforma constitucional del año 2005 transfirió el recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema al TC –con la posterior posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del precepto legal– dando vida con ello a una jurisprudencia constitucional especializada y uniforme. Como se ha demostrado en este comentario, la Corte Suprema pareciera exceder su competencia y sus atribuciones al pretender derogar y por tanto terminar con la vigencia de un precepto legal, sin intervención alguna del TC.

Si bien no hay una disposición expresa que regule qué ocurre con las leyes preconstitucionales, es claro que donde no distingue la Constitución, no cabe que ningún órgano del Estado, o en este caso tribunal de justicia distinga. Lo anterior generaría una situación de incerteza jurídica importante, poniendo en riesgo nuestro Estado de Derecho.

<sup>43</sup> MOHOR (2011) p. 110.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, Sesión 49°, de 27 de junio de 1974.
- GÓMEZ, Gastón (2003): “La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, Crónica de un fracaso”, Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, n. 3.
- GÓMEZ Gastón (2005): “La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno”, en ZUÑIGA Francisco (coordinador), Reforma Constitucional (Santiago, LexisNexis).
- HISTORIA DE LA LEY N° 20.050, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República
- MARTÍNEZ, José Ignacio (2005): “Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional”, en NOGUEIRA, Humberto (coordinador), La Constitución Reformada 2005 (Santiago, Librotecnia, primera edición).
- MOHOR, Salvador (2011): “Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005”, en PFEFFER, Emilio (coordinador), Estudios sobre Justicia Constitucional, Libro Homenaje a la Profesora Luz Bulnes Aldunate (Santiago, Editorial Jurídica, primera edición).
- PFEFFER Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), pp. 377-378.
- SILVA, Luis Alejandro (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 Universidad Católica del Norte, Comentarios de Jurisprudencia. Año 18-N°1, 2011.
- REVISTA EL MERCURIO LEGAL (Edición N°14, diciembre de 2016).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2016): Conclusiones de la II Jornada de Reflexión Interna, Inconstitucionalidad Sobrevenida / Derogación Tácita ¿Control Difuso o Concentrado?, 4 de noviembre de 2016.

ZAPATA, Patricio (2011): Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

“AVENDAÑO Sebastián / Servicio de Registro Civil e Identificación” (2016): Corte de Apelaciones, Rol N° 31.512-2016, 26 de mayo de 2016.

“Verónica VENEGAS y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación” (2016): Corte de Apelaciones, Rol N° 34.170-2016, 27 de mayo de 2016.

“Verónica VENEGAS y otro / Servicio de Registro Civil e Identificación” (2016): Corte Suprema, Rol N° 35.236-2016, 30 de agosto de 2016.

“AVENDAÑO Sebastián / Servicio de Registro Civil e Identificación” (2016): Corte Suprema, Rol N° 35.237-2016, 30 de agosto de 2016.

