

De la doctrina expuesta fluye que, desde el 11 de septiembre de 1973, la declaración de inaplicabilidad por la Corte Suprema a raíz de acoger el correspondiente recurso, debía fundarse en el conflicto sustantivo entre un precepto legal determinado, por una parte, y ciertos preceptos tácitamente modificados de la Constitución reformada de 1925, de otra; jamás en la antinomia de dicha disposición legal con la Carta de 1925 en su texto vigente con anterioridad a dichas enmiendas tácitas, porque el momento de regir ese artículo ésta entendíase que había sido ya modificada en lo pertinente con imperatividad *in actum* o inmediata por los decretos leyes respectivos². Despréndense de la misma doctrina, además, que si hoy se promoviera una cuestión de inaplicabilidad, la Magistratura Suprema tendría que resolverla con sujeción a la Constitución de 1980 en vigor, desde que ésta derogó, una vez más *in actum*, todas las normas fundamentales preexistentes que pugnan con ella, salvo las situaciones previstas en las disposiciones transitorias, de manera que un precepto legal —dictado con sujeción al ordenamiento abrogado— pervive únicamente en lo que no sea contrario a la nueva Constitución.

II. DOCTRINA NUEVA

Otro es, sin embargo, el predicamento actualmente sustentado por la Corte Suprema en asuntos como el examinado. Así ocurre pues, en armonía con la doctrina nueva, es preciso distinguir la inaplicabilidad que incumbe declarar sólo a dicha Magistratura, por una parte, de la derogación tácita de preceptos legales; de otra³, cuestión esta última que deben resolver los jueces de instancia o del fondo. Efectivamente, en un precedente relevante y que reproduzco por vía ejemplar, la Corte Suprema afirmó:

“Que, en primer término, debe dilucidarse si mediante el recurso de inaplicabilidad pueden impugnarse preceptos legales dictados *antes* de la vigencia de las disposiciones constitucionales en que se funda dicho recurso;

“Que toda Constitución importa una Ley Fundamental que debe ser respetada por el legislador al aprobar una determinada norma legal, esto es, un marco o límite a que deben someterse los Poderes Colegisladores al dictar un precepto de ley;

“Que el referido marco o límite está fijado por la Constitución vigente en el momento de dictarse un ordenamiento legal, pero si una ley contiene preceptos contrarios a una Carta Fundamental dictada *con posterioridad*, las disposiciones de ésta *derogan* la de aquélla en lo que se contraponga al nuevo texto de la Constitución. Por tanto, la materia de que una ley anterior sea contraria a una Constitución posterior no es propia del

² El complejo asunto de la derogación tácita cobró nueva y singular relevancia cuando se planteó, ante la Corte Suprema, el rechazo de tal tipo de abrogación de normas constitucionales por el Decreto Ley N° 1 de 1973 y los cuerpos jurídicos que lo siguieron. Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema dictada el 24 de julio de 1974, publicada en *Fallos del Mes* N° 188 pp. 118 ff. El problema fue resuelto, finalmente, con el Decreto Ley N° 788 de 1974. Consúltense al respecto los fallos mencionados en Enrique López Bourasseau: *Jurisprudencia Constitucional, 1950-1979* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1984) pp. 226 ff.

³ Código Civil, artículos 52 y 53.

recurso de inaplicabilidad, sino que se trata de un problema de derogación de leyes que corresponde estudiar a los jueces sentenciadores.

"Es cierto que una Constitución contiene en sus preceptos algunos principios generales o normas fundamentales, pero en tal caso el recurso de inaplicabilidad debe fundarse en la norma constitucional vigente a la época de la dictación de la ley, siempre y cuando tal principio o norma *no se encuentre derogada o haya sido suprimida por el Estatuto Fundamental posterior*.

"La mayoría de los preceptos de una Constitución contienen normas concretas a que debe sujetarse el legislador, y tales disposiciones, como se ha dicho, *por ser posteriores y fundamentales, derogan la ley anterior a su vigencia*.

(...)

"Que basta lo expuesto para concluir que el recurso en estudio debe rechazarse porque se pide la inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a un texto constitucional posterior a la dictación de la norma impugnada"⁴.

III. DISIDENCIAS

La nueva doctrina se ha ido consolidando⁵, aunque recientemente se constatan votos disidentes con ella.

Así y por vez primera dos ministros de la Corte Suprema sostuvieron:

"Aunque los jueces de la instancia puedan estudiar y resolver la posible derogación de una ley anterior por la Constitución posterior cuando aquélla es contradictoria con ésta, tal facultad de los jueces *no inhibe* a la Corte Suprema para pronunciarse sobre la inaplicabilidad de esta ley anterior si contraviene a la Constitución posterior.

"En efecto, el artículo 80 de la Carta Fundamental de 1980 *no hace diferencia alguna* entre leyes anteriores y posteriores a ella y confiere a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable por inconstitucional

⁴ LXXV RDJ 2^ap.S.1^a pp. 240 y 244. Énfasis agregado.

Mayores antecedentes sobre la nueva doctrina de la Corte Suprema se encuentran en Raúl BERTELSEN REPETTO: "Vigencia del artículo 42 de la Ley N° 17.377" (*Informe en Derecho* fechado el 11 de noviembre de 1985 y aún no publicado) pp. 3-5. LUZ BULNES ALDUNATE: "El recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1980", incluido en el volumen *XIII Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, 1983) pp. 23-24. Alejandro SILVA BASCUÑÁN: "El valor jurídico del Decreto Ley N° 1.136", *IX Revista Chilena de Derecho* N° 2 (1982) pp. 329-331; y Manuel VARGAS VARGAS: "Valor Constitucional del Decreto Ley N° 1.136 de 1975" (*Informe en Derecho* fechado el 31 de octubre de 1980 y aún no publicado) pp. 56-64.

En fin, conveniente es revisar el *Informe en Derecho* de Enrique Silva Cimma, publicado en LXV RDJ 1^ap., pp. 23-52, pues puede encontrarse allí la primera formulación de un autor nacional en pro de la doctrina nueva.

⁵ Consúltese, por ejemplo, la sentencia fechada el 19 de octubre de 1982, publicada en *IX Revista Chilena de Derecho* N° 3 (1982) pp. 557 ff.; la sentencia dictada el 30 de marzo de 1982, publicada en *X Revista Chilena de Derecho* N° 1 (1983) pp. 145-146; la sentencia pronunciada el 29 de octubre de 1982, publicada en LXXIX RDJ 2^ap.S.5^a pp. 116-118; la sentencia fechada el 13 de abril de 1984 (Bernal Zúñiga, Waldo, Inaplicabilidad Civil, Rol N° 18.723); y la sentencia expedida el 13 de noviembre de 1985, reproducida en *Gaceta Jurídica* N° 65 (1985) pp. 88 ff.

cualquiera ley que resulte ser contraria a dicha Carta. Por consiguiente si esta Corte, so pretexto de una derogación posible de la ley anterior por la Constitución, entrega a los jueces de la instancia la decisión de declarar esa derogación posible y se abstiene de emitir pronunciamiento sobre la inaplicabilidad, renuncia a su facultad constitucional y hace entrega exclusiva a los jueces de una posibilidad legal que naturalmente tienen...

"A lo dicho se puede agregar que un posible conflicto entre la *ley común específica* y la Constitución genérica no podría ser resuelto por los jueces de la instancia atendiendo a su diversa jerarquía porque el control de la ley de rango superior sobre las leyes comunes lo tiene sólo la Corte Suprema.

"Por ese método de la derogación posible, el juez no podría omitir la aplicación de la ley especial y tendría que resolver el asunto pertinente según su tenor en virtud del principio de la especialidad, mientras que en el mismo caso la Corte Suprema podría declarar inconstitucional la norma común por estimarla contraria a la regla constitucional sin que fuere óbice para ello el carácter particular de la ley y la calidad de ley general de la Constitución.

(...)

"En todo caso, hay una importante diferencia entre los resultados de la inaplicabilidad y los de la derogación, que consiste en que la derogación de la ley anterior por la Constitución posterior, omite resolver cabalmente la no aplicación de aquélla, porque una ley derogada y no declarada inaplicable *podría seguir teniendo aplicación* a los actos y contratos en que se ha incorporado, en virtud de la supervivencia o ultraactividad de la ley; y, en cambio, la inaplicabilidad declarada por ser contraria a la Constitución impide aplicar la ley aun a los actos y contratos en que estuviese incorporada por haber sido éstos ejecutados o celebrados durante la vigencia de la ley.

"Sólo la inaplicabilidad acogida abroga la ley y su posible supervivencia respecto de los dichos actos o contratos. De todo lo cual se infiere que es necesario declarar, en su caso, la inaplicabilidad *aun cuando la ley haya sido promulgada con anterioridad* a la Constitución.

"La tesis ahora sostenida por los disidentes, como la anterior de que son los jueces de la instancia los encargados de resolver si la ley anterior a la Constitución ha sido derogada por ésta, tienen sin embargo parejas consecuencias acerca de la posible abrogación de la institucionalidad anterior a dicha Carta Política aunque la ley haya estado acorde con una Ley Fundamental pasada. Esto es así porque el acogimiento de un recurso de inaplicabilidad por esta Corte y la derogación de la ley por contraponerse a la Constitución posterior declarada por los jueces tienen el resultado de no aplicarse en el juicio respectivo la ley común contraria a la Fundamental. Por lo cual el temor de que la inaplicabilidad de la ley anterior puede originar la derogación de una institucionalidad, sucede también en su derogación y no es, por consiguiente, argumento para rechazar aquella institución y para aceptar ésta.

"Por las razones expuestas, los disidentes rectifican su opinión anterior de que en el caso de una ley anterior contraria a la Constitución posterior se origina una presunta derogación y sería improcedente la inaplicabilidad"⁶.

⁶ Sentencia pronunciada el 31 de diciembre de 1985, publicada en *Gaceta Jurídica* N° 66 (1985) pp. 37-38. Énfasis agregado.

Útil es consignar, además, la sentencia dictada el 31 de enero de 1986, reproducida en *Gaceta Jurídica* N° 67 (1986) pp. 70-73. En ella consta que cinco

IV. ELEMENTOS PARA UNA EVALUACIÓN

Pueden discutirse los fundamentos históricos y doctrinarios de la distinción que la nueva doctrina sustenta, más todavía si se tienen presentes los anales fidedignos y el espíritu definido que se desprende de la letra clara con que fue redactado el artículo 80 de la nueva Constitución, elementos de hermenéutica que la propia Corte Suprema ha declarado han de ser empleados en la interpretación de la Carta Fundamental⁷.

Con todo, fuerza es reconocer que la nueva doctrina de la Magistratura nombrada se ajusta perfectamente al axioma cardinal según el cual los principios y normas constitucionales imperan *in actum* y con supremacía sobre toda otra norma jurídica preexistente, más todavía si ésta pugna con dichos principios y normas, sin que sea óbice para ello el carácter particular o específico de la ley común y la calidad genérica de la Constitución⁸. Esta cualidad suprema desaparecería si se aceptara que los preceptos legales anteriores a la vigencia del Estatuto Máximo y que lo vulneran en su médula permanecerían vigentes y debieran ser aplicados mientras la Corte Suprema no los declarara inaplicables.

De conformidad con la nueva doctrina, procede la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal preciso si éste hubiera vulnerado el texto que la Constitución de 1925 tenía con anterioridad al decreto ley N° 1 de 1973 y ese texto siguiera vigente, declaración que hoy sería improcedente porque no concurre el segundo de los requisitos indicados. Consecuentemente, con sujeción a tal doctrina debe en la actualidad pronunciarse la derogación tácita de ese precepto legal si infringe el nuevo ordenamiento fundamental vigente al momento de ser invocado o impugnado en una controversia judicial.

En otras palabras, hoy sería improcedente la inaplicabilidad de dicha disposición legal, porque aquélla la declara la Corte Suprema tratándose sólo de preceptos legales vigentes después de haber comenzado a regir un nuevo régimen constitucional y por oponerse sustantivamente a éste, requisito de tiempo que no concurre en la hipótesis propuesta. En cambio, la derogación

fueron los ministros disidentes con argumentaciones idénticas a las ya transcritas del fallo precedente, a las cuales añadieron la siguiente consideración final:

“... desde el punto de vista jurídico estricto y por trascendentales razones de conveniencia institucional es preferible que sea la Corte Suprema y no la Judicatura de la instancia la que resuelva asunto tan importante como es la inconstitucionalidad de la ley”.

⁷ En fallo de 13 de mayo de 1982, publicado en X *Revista Chilena de Derecho* N° 1 (1983) pp. 201 ff., la Corte Suprema declaró la derogación tácita del D.L. 1.283, de 1975, por ser inconciliable con el Acta Constitucional N° 3, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Civil, porque tal conclusión “no se altera por el hecho de que no existan preceptos especiales que establezcan reglas exclusivas sobre interpretación y derogación de los preceptos constitucionales, pues a falta de ellos cabe aplicar los principios generales básicos de nuestro sistema jurídico, contenidos en el Título Preliminar del Código Civil, que es de aplicación común, como constantemente lo han entendido nuestros Tribunales”.

⁸ Código Civil, artículos 4 y 13, el primero sobre aplicación preferente de las disposiciones especiales contenidas en unas leyes con respecto a otras, a la vez que el segundo referente a las normas particulares de una ley en relación con las disposiciones generales del mismo cuerpo legal.

tácita de tal precepto pueden declararla todos los jueces del fondo, de la instancia o sentenciadores, cualquiera sea su jurisdicción, competencia y el asunto pendiente ante ellos, si aquél pugna esencialmente con el ordenamiento constitucional posterior, pues se trata de una norma legal vigente con anterioridad a la fecha en que entró a regir el nuevo ordenamiento supremo que impera *in actum*.

El predicamento del Tribunal Supremo parece ajustarse así a lo enseñado por un tratadista extranjero: "Por consiguiente, las normas legales deben encuadrarse en el texto constitucional y si estuvieren en contradicción serán inconstitucionales o estarán derogadas, según que sean posteriores o anteriores a aquél"⁹.

Análogo pensamiento sustenta un jurista chileno al escribir que, "si se ha alterado no sólo la letra sino que la sustancia de la normativa constitucional entre la época de promulgación del precepto legal en examen y la de su aplicación a un caso específico, el problema se transforma en una cuestión de subsistencia o derogación del precepto legal cuya determinación no se comprende en la competencia exclusiva de la Corte Suprema y puede, por tanto, ser examinado y decidido en todos los grados de la jurisdicción por los diversos tribunales competentes¹⁰. Por lo cual, "en principio, si una nueva formulación constitucional no armoniza con la sustancia preceptiva de un precepto de jerarquía legal dictado antes de la introducción de la nueva norma constitucional, queda desprovisto de eficacia, no puede continuar produciendo sus efectos, no puede ser consecuentemente invocado, ni aplicado para la decisión de una controversia que surja en relación a su cumplimiento, salvo que una norma explícita del mismo Constituyente, le haga mantener su fuerza, indefinida o transitoriamente"¹¹.

La Corte Suprema considera que la doctrina nueva es insostenible, empero, cuando el principio o norma consagrada en el ordenamiento constitucional precedente ha sido derogado o se encuentra suprimido por el Estatuto Máximo posterior.

Pero, en cambio, es imperativo sostener tal doctrina en las dos situaciones que a continuación explico. En primer lugar, frente a principios o normas introducidas por la nueva Constitución y que no aparecían en la precedente, situación que ha de entenderse absorbida en la hipótesis de la derogación tácita ya explicada, solución que es por entero correcta y congruente con la doctrina nueva. Y, en segundo término, el efecto derogatorio referido tiene lugar salvo cuando en las disposiciones transitorias del nuevo ordenamiento constitucional se contempla, expresamente y como excepción, la pervivencia o ultraactividad de preceptos fundamentales o legales anteriores que no cuadran sustantivamente con aquél¹².

⁹ Enrique SAYAQUÉS LASO: *II Tratado de Derecho Administrativo* (Montevideo, Ed. Martín Bianchi Altuna, 1959) p. 319.

¹⁰ SILVA, nota 4 p. 331.

¹¹ Id., p. 339.

¹² Así ocurre hoy con las disposiciones transitorias primera, tercera, quinta, sexta y séptima de la Constitución de 1980.

V. CONCLUSIONES

Según la doctrina nueva, un precepto legal vigente con anterioridad a la imperatividad de la Constitución de 1980 no puede ser declarado inaplicable por la Corte Suprema.

Sin embargo y con sujeción a la misma doctrina, cualquier tribunal u órgano que ejerza jurisdicción ante quien se invoque o impugne dicho precepto debe declararlo tácitamente derogado, *ex tunc* o con retroactividad a su fecha de vigencia, si infringe el texto fundamental imperante al decidir la controversia, esto es, hoy la Constitución de 1980 y no la homónima de 1925 en el texto reformado ni en el tácitamente modificado, pues el vigor de ambos ya cesó.

Empero, han surgido disidencias que reivindicán la inaplicabilidad de preceptos legales por la Corte Suprema en la situación expuesta, sin perjuicio que la judicatura del fondo declare tácitamente derogados tales preceptos dentro de su competencia.