*LA DEROGACIÓN TÁCITA DE PRECEPTOS
PRECONSTITUCIONALES POR LA JURISDICCIÓN
ORDINARIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DESPUÉS DE LA
REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005,*

JULIO ROJAS CHAMACA

EDITORIAL METROPOLITANA, SANTIAGO, 2013, 171 pp.*

MIRIAM LORENA HENRÍQUEZ VIÑAS**

Universidad Alberto Hurtado - Chile

mhenriqu@uahurtado.cl

La obra en comentario destaca por la importancia de la temática abordada. Por una parte, pone de relieve los efectos que produce en el ordenamiento jurídico el cambio constitucional; y por la otra, considera las complejas relaciones del Tribunal Constitucional con los tribunales ordinarios de justicia.

Respecto del primer asunto, el presente libro trata los efectos del cambio constitucional, ya por la reforma de la Constitución vigente o por la dictación de una nueva Carta Fundamental. De este modo, coloca en evidencia que cada vez que se promulga una modificación constitucional se agrega o se sustrae una norma del sistema jurídico, teniendo así un sistema diferente. La presente obra analiza justamente los cambios en el sistema jurídico por sustracción de normas, pues todo acto de derogación conduce a un nuevo sistema jurídico. De esta forma, la derogación produce una modificación del sistema jurídico por sustracción o eliminación de normas, lo que significa que la norma derogada ya no existe o deja de tener vigencia en el sistema correspondiente al momento posterior a la derogación, pero sigue existiendo en el orden jurídico al pertenecer a un sistema del mismo.

* Trabajo recibido el 8 de octubre y aprobado el 16 de octubre de 2013.

** Abogado, Universidad Nacional del Comahue (Argentina); Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile); Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Compostela (España). Profesora Derecho Constitucional de la Universidad Alberto Hurtado.

Lo descrito —es decir, la secuencia de nuevos sistemas jurídicos— ha ocurrido cada vez que se ha modificado la Constitución Política de la República de Chile, y sucedería con la dictación de una nueva Constitución.

El autor da cuenta de esta cuestión en el Capítulo I del libro, bajo el título “Precisiones sobre los conceptos de derogación tácita e inconstitucionalidad sobrevinida de preceptos legales cuyo contenido es incompatible con disposiciones de la Constitución Política posterior o reformada”.

Puedo afirmar, entonces, que el tema abordado en el presente libro, la derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria, es un asunto que será de permanente contingencia y debate ante todo cambio constitucional, esto es cada vez que se reforme la Constitución vigente o se dicte una nueva Carta Fundamental.

Por otra parte, la segunda cuestión relevante que evidencia este trabajo es la problemática que plantea la relación del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado y principalmente con los tribunales de justicia, fundamentalmente a partir de la reforma constitucional de 2005, hito que se marca en el propio nombre del libro: “Análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005”, y que concentró en el Tribunal Constitucional el control normativo de las normas infraconstitucionales, con funciones tanto para realizar un control de la validez de las mismas como de su aplicación, *a priori* y *a posteriori*, en abstracto y en concreto, con efectos generales y particulares.

Más precisamente, el objeto de esta obra es determinar cuál es el órgano competente para decidir el Derecho aplicable cuando se produce una contradicción entre una norma legal anterior y una norma constitucional posterior: ¿Los tribunales ordinarios de justicia o el Tribunal Constitucional?

Esta interrogante ha motivado en nuestro medio una serie de controversias. La primera, busca establecer cuál es el criterio de solución de conflictos en el caso de incompatibilidad normativa entre normas de distinta jerarquía, siendo la norma superior además posterior, concurriendo en la resolución del conflicto normativo tanto el criterio de la *lex posterior* como el de la *lex superior*. La segunda, dice relación con el efecto de la aplicación de uno u otro criterio. Esto es, la derogación de la norma legal si se aplica el criterio cronológico, o la inconstitucionalidad de la norma legal si se aplica el criterio jerárquico. Y lo más complejo, al menos en Chile, dice relación con la discusión del órgano competente para resolver la señalada antinomia. Sobre esto último versa esencialmente el Capítulo II del Libro, intitulado “Conflicto normativo generado por leyes preconstitucionales incongruentes con la Constitución posterior o reformada” y en el que destaca su afán por

determinar cuál es el órgano adjudicador para resolver los conflictos diacrónicos entre normas de distintas jerarquía, siendo una de ellas la Constitución.

Sobre este asunto, se ha sostenido en nuestro medio que tratándose de una incompatibilidad entre una norma constitucional posterior y una norma legal anterior, corresponde declarar la inconstitucionalidad “sobrevenida” o “sobreviniente” de la norma legal. Esa declaración sólo podría realizarla el Tribunal Constitucional. Entretanto, otros –como el autor de esta obra– postulan que la solución se encuentra en la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales, correspondiendo su declaración a los tribunales de justicia.

Las razones que expone el Profesor Rojas en este libro para sostener la tesis de la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales son principalmente las siguientes: a) Procede la aplicación del criterio cronológico por sobre el criterio jerárquico, aun cuando ambos son concurrentes para la solución de la antinomia; b) La necesaria distinción entre la vigencia y la validez de las normas. Así, a juicio del autor, la norma legal anterior debe ser declarada derogada, y no inválida, si contradice materialmente la norma constitucional posterior, pues la primera era vigente y válida antes del cambio constitucional. La derogación tácita sería la cesación de la vigencia de la norma legal anterior. La invalidez, entonces, no puede ser sobreviniente; c) La fuerza normativa de la Constitución que obliga a todos los órganos del Estado, incluidos los tribunales ordinarios de justicia, a cumplir y aplicar directamente la Carta Fundamental, y d) La consideración de la Constitución como una norma jurídica que, como cualquiera otra, tiene la capacidad de derogar normas jurídicas anteriores de igual o inferior rango que la contradigan. En tal línea de razonamiento, el autor de esta obra concluye que la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Cabe decir que las propuestas planteadas, y recién reseñadas, no están exentas de cuestionamientos en nuestra doctrina. Las principales objeciones a ellas, pueden resumirse de esta forma: a) La Constitución no distingue respecto de la atribución del Tribunal Constitucional para ejercer su función de control de constitucionalidad entre normas pre o post constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional sería el único órgano con facultades para invalidar las normas en un ordenamiento jurídico; b) Reconocer al Poder Judicial la facultad de declarar derogadas las normas contrarias a la Constitución importaría un germen del control difuso que nuestro diseño constitucional no permite, y c) Tal control difuso generaría falta de certeza jurídica, pues sus soluciones serían sólo al caso concreto, careciendo del efecto general que podría tener una sentencia del Tribunal Constitucional, entre otros cuestionamientos que el libro procura desvirtuar en el Capítulo II.

Además de la relevancia de las temáticas tratadas en este texto, la discusión que generan y las interesantes controversias doctrinales y jurisprudenciales que plantean, corresponde destacar que el presente trabajo constituye un aporte al estudio del Derecho pues se alimenta de razonamientos previamente difundidos por la Teoría del Derecho, la Teoría de las Fuentes del Derecho y el Derecho Constitucional. A su vez, es destacable la exhaustiva búsqueda, selección, análisis y sistematización de la doctrina –nacional y comparada– sobre la materia. Esto se evidencia en la vasta bibliografía especializada citada a lo largo de toda la obra y que se resume en la parte final de la misma.

Por otra parte, para todo estudioso de la materia abordada, la selección y completo análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional contenida en el Capítulo III de este trabajo, constituirá, sin dudas, un estudio y referencia obligada.

Las dos conclusiones destacables a las que arriba el autor, una vez desarrollado el análisis jurisprudencial, son: a) Sólo la jurisdicción ordinaria ha distinguido en sus fallos los conceptos de vigencia y validez, resolviendo el conflicto normativo mediante la aplicación del criterio cronológico, declarando la norma legal preconstitucional derogada; y b) Que aún no se haya producido un conflicto de competencias por este asunto entre la jurisdicción ordinaria y constitucional, implica que actualmente ambas jurisdicciones son, *de facto*, competentes; c) Esta última cuestión podría significar futuros fallos contradictorios y genera actualmente falta de certeza jurídica.

Concluye este trabajo en el Capítulo IV, “Atribuciones de la jurisdicción ordinaria para constatar la derogación tácita de las leyes anteriores, conforme al ordenamiento jurídico vigente”, con la categórica afirmación de que sólo son los jueces de la jurisdicción ordinaria quienes deben declarar, en el ejercicio de sus funciones, la derogación tácita de las normas preconstitucionales contrarias a la Constitución posterior, pudiendo el Tribunal Constitucional declarar únicamente la inconstitucionalidad respecto de las normas legales posconstitucionales. Esto por razón de la aplicación directa de la Constitución y del principio *iura novit curia*, es decir, el deber de los jueces de conocer el Derecho vigente y resolver todo conflicto normativo conforme a él.

De este modo, el Profesor Julio Rojas Chamaca nos ofrece en su libro *La derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria: Análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005* una valiosa contribución, que seguramente constituirá un referente ineludible de futuras investigaciones y producciones que se desarrollen en la materia.