

EL ESTATUS DE LAS LEYES PRECONSTITUCIONALES Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS
DEROGATORIAS CONSTITUCIONALES

The status of pre-constitutional laws and their relationship with
constitutional repealing norms

HENRÍQUEZ-VIÑAS, MIRIAM*
Universidad Alberto Hurtado

Resumen

El trabajo sintetiza la discusión de la doctrina nacional sobre el estatus de las normas legales previas a un cambio constitucional, ya cuando se dicta una nueva Constitución o se reforma la vigente, con especial referencia a las normas derogatorias constitucionales y a un control de constitucionalidad concentrado en un Tribunal Constitucional. Expone las dificultades evidenciadas por la doctrina nacional con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Chile; así como las soluciones propuestas en los textos constitucionales emanados de los procesos constituyentes fallidos (2022 y 2023), sus alcances y los efectos proyectados para la certeza del Derecho previo.

Palabras clave

Normas derogatorias; derogación tácita; inconstitucionalidad sobrevenida.

Abstract

The paper synthesizes the discussion of the national doctrine on the status of legal norms before a constitutional change, whether when a new constitution is enacted or the current one is reformed, with special reference to constitutional derogatory norms and control of constitutionality concentrated in a Constitutional Court. It exposes the difficulties evidenced by the national doctrine with the entry into force of the Political Constitution of the Republic of Chile; as well as the solutions proposed in the constitutional texts emanating from the failed constituent processes (2022 and 2023), their scope and the projected effects for the certainty of the previous law.

Key words

Derogatory constitutional clause; implied repeal; supervening invalidity.

1. Introducción

Si en Chile, en el mediano o largo plazo, entra en vigencia una nueva Constitución o se reforma la carta vigente, probablemente se planteará la siguiente pregunta: ¿Cómo se compatibilizan las normas legales previas con las nuevas normas constitucionales? Este es un asunto importante cuando se reforma una Constitución, pero es especialmente relevante cuando se dicta una nueva Carta, máxime si se opta por la continuidad o la recepción del llamado Derecho viejo¹.

* Abogado, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora Titular de Derecho Constitucional Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Correo electrónico: mhenriqu@uahurtado.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5900-9347>. Esta investigación ha contado con el apoyo y financiamiento de ANID/FONDECYT/Regular 1221453, "Las normas derogatorias en la transición constitucional. Una contribución desde el Derecho Comparado".

¹ Cuando entró en vigencia la Constitución Española de 1978, Varela y Satrustegui advirtieron que: "sea cual fuere la magnitud de la transformación política, resulta inevitable, en definitiva, la supervivencia de sectores importantes del Derecho viejo, y este problema debe ser afrontado en cada cambio constitucional". Teóricamente, los autores distinguieron dos alternativas de solución: "a) la

De dicha cuestión podrían, a su vez, derivarse otra serie de preguntas. Las normas legales previas incompatibles con las nuevas normas constitucionales ¿están derogadas? ¿pueden declararse derogadas? En su caso, ¿quién está facultado para declarar tal derogación? O, en otro sentido, las normas legales previas al cambio constitucional ¿son inconstitucionales? ¿pueden declararse inaplicables por inconstitucionalidad o derechamente inconstitucionales? ¿quién está facultado para declarar tal inaplicabilidad o inconstitucionalidad? Tales normas legales preconstitucionales ¿pueden ser al mismo tiempo susceptibles de declaración de derogación e inconstitucionalidad? Por último, ¿es posible que la nueva Constitución o la reforma constitucional establezcan que las normas previas mantengan su vigencia, aunque sean incompatibles con ellas, hasta que se dicten las normas legales posteriores que las deroguen o hasta que un órgano las declare derogadas o inconstitucionales?

En el sentido de tales cuestionamientos, la hipótesis que orienta este trabajo sostiene que, en situaciones de cambio constitucional, existe una mayor certeza respecto al estatus de las normas legales preconstitucionales cuando se establecen normas constitucionales derogatorias nominadas y cuando el modelo de justicia constitucional es difuso. En contraste, la certeza sobre el estatus de las normas legales preconstitucionales disminuye con la previsión de normas derogatorias constitucionales innominadas, junto a un modelo de justicia constitucional concentrado en un tribunal constitucional, especialmente en lo que se refiere a la autoridad encargada de resolver la incompatibilidad.

Para graficar lo dicho, si por ejemplo una norma de reforma constitucional estableciera una norma derogatoria que señale concretamente: *“El artículo 216 del Código de Justicia Militar quedará derogado a partir de la entrada en vigencia de esta reforma”*, la disposición legal nominada quedará derogada con efectos generales y hacia el futuro a partir de la fecha de entrada en vigor de la modificación constitucional. Distinto sería el caso si una norma derogatoria dispusiera de manera genérica: *“Se entenderán derogadas las leyes anteriores incompatibles con esta reforma constitucional”*. En cuyo caso habrá que interpretar si lo dispuesto por el artículo 216 del Código referido es incompatible con la nueva norma constitucional, además de dilucidar quién es la autoridad competente para resolver la incompatibilidad y cuáles efectos derivarían de su declaración.

Por otro lado, es posible que, si el control de constitucionalidad es represivo y está concentrado en un órgano especializado, se produzca una concurrencia de competencias, toda vez que la derogación tácita puede ser declarada por cualquier juez y la declaración de inconstitucionalidad por el órgano de justicia constitucional. Como se examinará en este trabajo, la complejidad aumenta cuando no existen cláusulas derogatorias constitucionales de ningún tipo, ni nominadas ni innominadas².

Al alero de esta hipótesis, el objetivo general del trabajo es sintetizar la discusión de la doctrina nacional sobre el estatus de las normas legales previas a un cambio constitucional; las dificultades evidenciadas por los autores con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante la Constitución Política); así como las soluciones propuestas en los textos constitucionales emanados de los procesos constituyentes (2022 y 2023), sus alcances y los efectos que hubieran tenido para la certeza del Derecho previo.

Para la sustentación de la hipótesis y del objetivo planteado se sigue el siguiente plan de análisis. En primer lugar, se sintetizan las problemáticas detectadas en el debate nacional con motivo de la entrada en vigencia de la Constitución Política, que enfatizan, por un lado, que la Constitución es una fuente del Derecho directamente aplicable y con efectos derogatorios, y, por el otro, su carácter de norma suprema con un control concentrado de constitucionalidad (II). Asimismo, se expone cómo los textos constitucionales emanados de los procesos constituyentes

recepción del ordenamiento precedente en su totalidad, de manera que el régimen jurídico de las leyes viejas quede equiparado al de las leyes posteriores a la Constitución”; y “b) la recepción solamente de aquellas normas anteriores compatibles con la Constitución, quedando derogadas las restantes”. VARELA Y SATRUSTEGUI (1979), p. 63.

² Un planteamiento similar pero referido a los casos alemán, italiano y español de las normas preconstitucionales puede revisarse en HENRÍQUEZ Y RAGONE (2024).

fallidos (2022 y 2023) recogieron estas problemáticas y les dieron cauce y solución (III). Finalmente, algunas conclusiones (IV).

El estudio de los textos constitucionales propuestos a la ciudadanía y rechazados el 4 de septiembre de 2022 y el 17 de diciembre de 2023 busca analizar cómo el poder constituyente radicado en la Convención Constitucional y el Consejo Constitucional, respectivamente, consideraron el problema acá planteado y las consecuencias que podría haber supuesto una norma derogatoria innominada para la continuidad y estabilidad del Derecho preexistente. Cuando nos referimos al “estatus de las normas preconstitucionales” estamos aludiendo al problema que afecta a las normas legales previas a la entrada en vigencia de una nueva o nuevas normas constitucionales que, al ser materialmente incompatibles con ellas, quedan en una situación interina hasta su derogación expresa, derogación tácita o declaración de inconstitucionalidad.

Por último, la metodología se centrará en el estudio de la doctrina chilena. La problemática expuesta no ha estado ausente del debate nacional con motivo de la dictación de la Constitución Política, así como de sus reformas posteriores. Las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales han analizado tanto el problema como las alternativas de solución desde distintos ángulos, sin embargo, la arista jurisprudencial no se abordará en este artículo toda vez que fue tratado en un trabajo anterior.

2. Las discusiones sobre el estatus de las normas preconstitucionales bajo la vigencia de la Constitución Política

La principal discusión de la doctrina nacional sobre el estatus o la situación de los preceptos legales preconstitucionales se refiere a cuál es el órgano competente para resolver la antinomia entre aquellos y las normas constitucionales que se crean, modifican o derogan con la entrada en vigencia de una nueva carta o de una reforma. El debate radica en si corresponde derogarlos cuando son materialmente incompatibles con las nuevas normas constitucionales o declararlos inconstitucionales si las contradicen. Esto es, si la competencia corresponde a los jueces y/o al Tribunal Constitucional.

El punto de partida de las dos principales posturas planteadas en nuestro medio diferencia las disposiciones y las instituciones constitucionales en que se basa: a) El artículo 6, que establecería la fuerza normativa de la Carta y su eficacia directa con efectos derogatorios respecto de los preceptos preconstitucionales; y b) Los artículos 6, 93.6 y 93.7, que concentraría, por causa del principio de supremacía constitucional, en el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de los preceptos legales pre y postconstitucionales. Ninguna de las posiciones ha resuelto definitivamente el asunto³.

Participan de la primera posición autores como Eduardo Cordero⁴, Miriam Henríquez⁵, Manuel Núñez⁶, Julio Rojas⁷ y Luis Alejandro Silva⁸, quienes sostienen que el artículo 6 dispone la eficacia directa de la Constitución y que ésta, como norma jurídica, vincula como toda otra norma del ordenamiento jurídico a los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional. De dicha eficacia directa emanarían, a su vez, efectos derogatorios respecto de la legislación anterior que la contradiga. Ello, a pesar de que la Constitución Política no explicita una norma derogatoria que establezca este efecto.

Basados en el artículo 6, que establece que *“los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución”* y que sus preceptos obligan *“tanto a los titulares o integrantes de*

³ Una revisión exhaustiva de las posiciones de la doctrina puede consultarse en AGÜERO-SAN JUAN Y PAREDES (2019); HENRÍQUEZ (2020).

⁴ CORDERO (2009), p. 27.

⁵ HENRÍQUEZ (2020), pp. 20-21.

⁶ NÚÑEZ (2012), p. 227.

⁷ ROJAS (2019), p. 6; ROJAS (2017), p. 144; ROJAS (2013).

⁸ SILVA (2010), pp. 313-314.

*dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo”, Cordero, Henríquez, Núñez, Rojas y Silva, concluyen, con matices, que: a) Los efectos derogatorios de la Constitución, derivados de su eficacia directa, pueden ser declarados por los tribunales de justicia, pero sólo respecto de los preceptos preconstitucionales⁹; b) El Tribunal Constitucional puede declarar igualmente la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos anteriores, toda vez que la norma constitucional nueva o reformada es tanto posterior como superior. De allí que reconocen una concurrencia de competencias entre los tribunales de justicia y el órgano de justicia constitucional para resolver esta antinomia¹⁰; c) Solo el Tribunal Constitucional tiene competencias para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos postconstitucionales¹¹; y d) La declaración de derogación tácita no implica un control de constitucionalidad, sino que se trata del ejercicio de la función jurisdiccional y la constatación de que una norma legal anterior que contradice una norma constitucional posterior no puede ser aplicada por los jueces en el caso concreto que le toca decidir¹². Lo anterior, por aplicación del criterio cronológico o *lex posterior*.*

En contraposición con esta postura, otra parte de la doctrina enfatiza que el artículo 6 consagra el principio de supremacía de la Constitución, correspondiendo, desde la reforma de 2005, sólo al Tribunal Constitucional velar por su acatamiento, esto es que *“las normas sean dictadas conforme a ella”*. De modo que cuando un precepto legal, vigente o derogado, produzca efectos inconstitucionales (acción de inaplicabilidad) o sea derechamente contrario a la Carta (acción de inconstitucionalidad), el órgano de justicia constitucional está facultado para declararlo inaplicable o inconstitucional. Todo de conformidad con los numerales 6 y 7 del artículo 93 de la Constitución.

Entre estos autores se inscriben Constanza Hube¹³, Raúl Letelier¹⁴, María Pía Silva¹⁵, Patricio Zapata¹⁶ y Francisco Zúñiga¹⁷, quienes coinciden en que: a) El control posterior de los preceptos legales, previsto en el artículo 93 números 6 y 7 de la Constitución, no distingue si son anteriores o posteriores a la Constitución o sus reformas¹⁸; b) El Tribunal Constitucional ostenta el monopolio, es decir la competencia exclusiva y excluyente, para ejercer el control de constitucionalidad de los preceptos legales¹⁹; c) No existe una concurrencia de competencias entre los tribunales de justicia y el órgano de justicia constitucional para resolver este tipo de antinomia. Si un juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de una norma legal le corresponde requerir al Tribunal Constitucional que declare su inaplicabilidad, como legitimado activo en virtud del artículo 93 N° 6 e inciso undécimo²⁰; d) La declaración de derogación tácita por los jueces implica un control de constitucionalidad difuso no previsto por la Constitución. Admitir lo contrario sería contravenir la reforma constitucional de 2005, aprobada por Ley N° 20.050, cuyo objetivo fue concentrar en un órgano especializado el control de constitucionalidad de las leyes²¹; e) El criterio jerárquico, en este caso de supremacía constitucional, prima sobre el criterio cronológico, tratándose de un asunto de validez y no de vigencia de normas²².

Cabe señalar que, en la declaración de derogación tácita de un precepto preconstitucional, el juez realiza un control normativo abstracto, es decir una interpretación que confronta la norma legal anterior con la nueva norma constitucional, con ocasión del caso concreto que le corresponde decidir. Si advierte que entre ambas normas existe una incompatibilidad material debe preferir la norma constitucional posterior por sobre la norma

⁹ CORDERO (2009), p. 27; HENRÍQUEZ (2020), p. 21; ROJAS (2019), p. 10.

¹⁰ CORDERO (2009), p. 30; ROJAS (2019), p. 13; NÚÑEZ (2012), p. 204; SILVA (2011), p. 312.

¹¹ CORDERO (2009), p. 27; HENRÍQUEZ (2020), p. 20; ROJAS (2019), p. 6.

¹² ROJAS (2019), p. 23; HENRÍQUEZ (2020), p. 21; NÚÑEZ (2012), pp. 202 y 230; SILVA (2011), p. 314.

¹³ HUBE (2017), p. 229.

¹⁴ LETELIER (2007), pp. 551-553.

¹⁵ SILVA (2013), pp. 472-473

¹⁶ ZAPATA (2024), p. 197.

¹⁷ ZÚÑIGA (2017), p. 432; ZÚÑIGA (2010), p. 312.

¹⁸ HUBE (2017) p. 229; SILVA (2013), p. 472; ZÚÑIGA (2010), p. 314.

¹⁹ HUBE (2017) p. 229; SILVA (2013), p. 463; ZAPATA (2024), p. 197; ZÚÑIGA (2017), pp. 429-430.

²⁰ LETELIER (2007), p. 553; ZAPATA (2024), p. 197.

²¹ HUBE (2017), p. 229; LETELIER (2007), p. 551; ZÚÑIGA (2010), p. 313.

²² SILVA (2013), p. 472.

legal anterior, en virtud del criterio cronológico, excluyendo su aplicación en el caso particular. Como el control es abstracto, se requiere una incompatibilidad manifiesta. En general, los autores citados no se detienen, salvo excepciones²³, en la naturaleza de la operación que se realiza en estos casos (control abstracto o concreto), sin embargo, algunos de ellos sí explicitan que la incompatibilidad debe ser palmaria. Así lo refiere Cordero, quien aduce con motivo de la solución española, que la contradicción debe ser evidente: *“En el caso chileno, no vemos inconveniente para adoptar esta última solución, en la medida que resguarda las competencias que corresponden al Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, evita el excesivo formalismo de recurrir a dicho Tribunal en los casos –que no son pocos– de evidente contradicción de una norma preconstitucional con la Constitución”*²⁴. Por su parte, Núñez condiciona la facultad de los jueces para declarar tácitamente derogado un precepto preconstitucional a *“que exista una contradicción patente entre la norma legal y la Constitución”*²⁵.

La derogación tácita se diferencia de la inaplicabilidad sobreviniente, toda vez que esta última no es un control abstracto sino concreto, más precisamente un control de los efectos inconstitucionales que produce un precepto preconstitucional por su aplicación en una gestión judicial pendiente. De modo que el Tribunal Constitucional, podría estimar que en abstracto la norma es conforme a la Constitución pero que en su aplicación es contraria a ella. Solo en la acción de inconstitucionalidad se controlaría en abstracto por el órgano de justicia constitucional la conformidad del precepto preconstitucional con las nuevas normas constitucionales. Sin embargo, el presupuesto de procedencia de la acción de inconstitucionalidad es al menos una sentencia estimatoria de inaplicabilidad, de conformidad con el artículo 93 N° 7 de la Constitución: *“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”*.

Estas distinciones, correspondientes al régimen de invalidación de las normas definido tras la mentada reforma constitucional de 2005, deben ser consideradas al momento de evaluar las soluciones propuestas por los textos emanados de los procesos constituyentes fallidos. Toda vez que la mayor certeza a la que se aspira alcanzar con la inconstitucionalidad sobreviniente con efectos generales y hacia el futuro, se limita si ésta depende para su procedencia de la inaplicabilidad sobreviniente, con efectos retroactivos y circunscritos al caso particular, como un control concreto.

Por ello, como señalamos en la Introducción, el escenario del control de constitucionalidad concentrado es complejo, no así el control de constitucionalidad difuso. En este último, cada juez podrá constatar, al decidir el Derecho aplicable, la incompatibilidad entre una norma legal previa y una nueva norma constitucional, resolviendo la inaplicación de la primera. De este modo, no existiría contienda con otros órganos sobre la facultad de inaplicar las leyes previas contrarias a la nueva Constitución por cuanto el juez que resuelve el caso y aplica la ley es el mismo facultado para ejercer el control de constitucionalidad de aquella. Lo dicho no supone que el control de constitucionalidad difuso es o deba ser el modelo imperante en Chile, sino que éste representa menos dificultades para el estatus de las leyes preconstitucionales que el modelo concentrado de constitucionalidad.

El problema ocurre cuando el control de constitucionalidad es represivo y está concentrado en una corte constitucional, toda vez que se produce una superposición de competencias entre la judicatura ordinaria y la judicatura constitucional para resolver este tipo de antinomia. Lo dicho es evidenciado por Guastini, quien señala: *“Es un problema muy serio en todos aquellos sistemas en donde el control es concentrado y a posteriori (como en Alemania, en España, en Italia, etc), ya que, en principio, en estos sistemas jurídicos, la abrogación – tácita, por incompatibilidad – de una ley puede ser reconocida por cualquier juez con efectos inter partes, mientras que la ilegitimidad constitucional de una ley solo puede ser declarada por el juez*

²³ NÚÑEZ (2012), pp. 221-223; HENRÍQUEZ (2020), p. 10; SILVA (2013), p. 473.

²⁴ CORDERO (2009), p. 30.

²⁵ NÚÑEZ (2012), p. 201.

*constitucional con efectos erga omnes*²⁶. Así también lo exponen Varela y Satrustegui: “El problema, sin embargo, sólo se planteará realmente en aquellos Estados con un sistema de control de constitucionalidad concentrado, pues en los sistemas de control difuso esas competencias corresponderán, en todo caso, a los jueces y tribunales ordinarios”²⁷.

En tal sentido, en un modelo de control concentrado de constitucionalidad, la declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad, como control represivo, será resuelta por el Tribunal Constitucional por aplicación del criterio *lex superior derogat inferiori*. No obstante, los jueces podrán igualmente, al decidir el Derecho aplicable, declarar la derogación tácita de las normas preconstitucionales por mor del criterio *lex posterior derogat priori*.

Esta discusión persiste a la fecha y se ha reflejado tanto en la doctrina, como se expuso, y en la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional²⁸. De allí que resulta valioso conocer cómo esperaba resolverse la recepción del Derecho viejo en los textos constitucionales propuestos a la ciudadanía en 2022 y 2023.

3. Las normas derogatorias constitucionales en los proyectos constitucionales

Los textos constitucionales elaborados por la Convención Constitucional y el Consejo Constitucional, rechazados en 2022 y 2023 respectivamente, propusieron en el apartado sobre disposiciones transitorias sendas normas derogatorias constitucionales innominadas, con distinto texto y alcance. Si bien su objetivo principal fue regular la recepción del Derecho viejo tras la entrada en vigencia de la nueva Constitución, cabe indagar si las mismas avanzaban en resolver los problemas expuestos por la doctrina nacional en el apartado anterior.

Antes de entrar al examen de los textos constitucionales propuestos, primeramente, corresponde realizar una distinción somera entre derogación expresa y tácita; y, además, de acuerdo con el grado de determinación del objeto derogado, entre derogación nominada/concreta e innominada/genérica²⁹.

3.1. Tipos de derogación y de normas derogatorias

En la derogación expresa la autoridad normativa, por ejemplo, el constituyente o el legislador, determina explícitamente que ciertas disposiciones o leyes pierden su vigencia. Mientras que la derogación tácita depende de la imposibilidad de compatibilidad material entre las normas anteriores y posteriores. Por lo tanto, aunque ambos tipos de derogación necesitan una norma previa y otra posterior, la derogación expresa se manifiesta en el ámbito de las disposiciones o enunciados normativos, mientras que la derogación tácita se evidencia en el nivel de normas³⁰.

Por otra parte, la derogación nominada o concreta ocurre “cuando la disposición derogatoria identifica con precisión su objeto y declara la derogación, produciendo un efecto derogatorio”³¹. Es del tipo: “El artículo 216 del Código de Justicia Miliar queda derogado a partir de la publicación de esta Constitución en el Diario Oficial”. Aquí la derogación ocurre sin necesidad de constatar la incompatibilidad entre normas y, por ende, no precisa de la intervención del intérprete o del aplicador del Derecho, redundando en la pérdida de vigencia de la norma *ex nunc* y *erga omnes*.

²⁶ GUASTINI (2017), pp. 367-368.

²⁷ VARELA Y SATRUSTEGUI (1979), p. 64.

²⁸ Exponen, por ejemplo, las posiciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional: AGÜERO-SAN JUAN Y PAREDES (2019); GARCÍA (2013); HENRÍQUEZ (2020); HENRÍQUEZ (2018); HUBE (2018); ROJAS (2019); ROJAS (2017); SILVA (2013); SILVA (2010); ZÚÑIGA (2017).

²⁹ La doctrina le da diferente denominación aludiendo al distinto grado de determinación. Ver ITURRALDE (2002), p. 360; AGUILÓ (1994), p. 409; DIEZ-PICAZO (1990), pp. 316-324.

³⁰ AGÜERO-SAN JUAN Y PAREDES (2019), p. 374; DIEZ-PICAZO (1990), p. 143; GUASTINI (2001), p. 62.

³¹ HENRÍQUEZ Y RAGONE (2024), p. 395. En el mismo sentido, ITURRALDE (2002), p. 360.

Entretanto, la derogación innominada o genérica no versa sobre formulaciones o disposiciones normativas específicas, sino sobre normas no identificadas³². Son ejemplos de normas derogatorias constitucionales innominadas el artículo 290 de la Constitución portuguesa que dispone: *“El Derecho ordinario anterior a la entrada en vigor de la Constitución se mantiene, siempre que no contradiga la Constitución o los principios en ella consignados”*. También la disposición derogatoria inciso tercero de la Constitución española que dice: *“Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”*.

La derogación innominada, genérica o indeterminada plantea la siguiente pregunta ¿Las disposiciones derogatorias innominadas son un tipo de derogación expresa o tácita? El asunto no es pacífico, algunos sostienen que se trata de un tipo de derogación expresa³³, mientras que otros la clasifican como un tipo de derogación tácita³⁴, donde es el aplicador del Derecho, entre ellos los jueces, quien deben identificar la incompatibilidad entre normas.

En este ámbito corresponde tener presente las siguientes posibles situaciones. Primero, que no se establezca una norma constitucional derogatoria nominada o que se disponga una norma constitucional derogatoria innominada. En este supuesto, el juez está facultado para resolver la antinomia dando preferencia a la norma posterior sobre la anterior. Segundo, por el contrario, que se estatuya una disposición derogatoria nominada, que producirá efectos derogatorios y cesará la vigencia de las formulaciones o disposiciones normativas concretas³⁵.

Como sabemos, la Constitución Política no contiene ninguna norma que deje sin efecto alguna o algunas disposiciones legales previas de forma nominada. Tampoco prevé normas derogatorias constitucionales innominadas. Si bien dos normas constitucionales se refieren a la derogación, estas no son propiamente normas derogatorias constitucionales. El artículo 94.3 señala cuál es el efecto de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, esto es la invalidez/inconstitucionalidad de la norma, hacia el futuro *–“se entenderá derogado”–* y desde la publicación de la sentencia en el Diario Oficial³⁶. Por su parte, la cuarta norma transitoria convalida el caso de las leyes que regulan contenidos que corresponden a leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado que no cumplen con los requisitos formales exigidos por la Constitución Política³⁷.

Como se explicó en la Introducción, en los casos de cambio constitucional, las normas derogatorias son frecuentemente un modo de dar certeza sobre el estatus de las normas preconstitucionales y suelen contemplarse como disposiciones transitorias. Este tipo de normas, usualmente innominadas, tienen una doble función: a) Explicitan la recepción del Derecho precedente, dándole continuidad, salvo que sean incompatibles con las nuevas normas constitucionales; y b) Afirman la vigencia de las leyes previas hasta que la autoridad competente manifieste su voluntad de derogarlas o eliminarlas. Como dice Agüero-San Juan: *“siempre resulta necesario (aconsejable) determinar cuáles son las normas del sistema jurídico (constitucionales y infraconstitucionales) que resultan derogadas por una nueva Constitución en razón de su oposición con ella, y cuáles serán recepcionadas por el nuevo orden constitucional en virtud de su compatibilidad. De ahí la importancia de las conocidas disposiciones derogatorias y transitorias, las cuales buscan armonizar el paso de un orden constitucional a otro”*³⁸.

³² GUASTINI (2017), p. 464.

³³ ITURRALDE (2002), p. 360.

³⁴ AGUILÓ (1994), p. 409.

³⁵ En un sentido coincidente GASCÓN (1994), pp. 856-857; AGÜERO-SAN JUAN (2020), pp. 73-74

³⁶ El párrafo tercero del artículo 94 reza: *“En el caso del N 16º 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 o 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”*.

³⁷ La disposición cuarta transitoria señala: *“Se entenderá que las leyes en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”*.

³⁸ AGÜERO-SAN JUAN (2023).

3.2. Las propuestas de normas derogatorias en los textos constitucionales rechazados

El artículo segundo transitorio del texto constitucional propuesto en 2022 por la Convención Constitucional y rechazado en el plebiscito el 4 de septiembre del mismo año, señalaba: *“Toda la normativa vigente seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras no sea declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional de acuerdo con el procedimiento establecido en esta Constitución. A partir de la publicación de la Constitución, los jefes de servicio de los órganos del Estado deberán adaptar su normativa interna de conformidad con el principio de supremacía constitucional. Dentro de los cuatro años siguientes a la entrada en vigencia de esta Constitución, la iniciativa de derogación de ley contenida en el artículo 158 también procederá respecto a leyes promulgadas con anterioridad a esta”*.

El artículo transcrito dispuso la recepción y continuidad del Derecho viejo mediante la fórmula *“Toda la normativa vigente seguirá en vigor”*, pero a su vez estableció diferentes vías de cesación de la vigencia para los casos de incompatibilidad del Derecho viejo con el Derecho nuevo generado por el reemplazo constitucional. Las vías fueron: a) Modificación, sustitución o derogación (expresa) por el legislador; b) Inconstitucionalidad sobrevenida declarada por la Corte Constitucional; c) Adaptación reglamentaria dispuesta por los jefes de servicio de los órganos del Estado; y e) Derogación por referéndum nacional.

El primer camino requería de una modificación, sustitución o derogación expresa del legislador. Mientras aquello no ocurriese, la normativa preconstitucional mantendría su vigencia.

La segunda vía, era la inconstitucionalidad sobrevenida. La Corte Constitucional podía declarar la inaplicabilidad e inconstitucionalidad sobrevenida en caso de constatar la incompatibilidad material o contradicción. Nuevamente, mientras aquella declaración no tuviera lugar, la normativa preconstitucional mantendría su vigor. Las ventajas que se reconocieron a esta solución fueron los efectos generales, invalidatorios y hacia el futuro de las decisiones emanadas de un único órgano especializado encargado del control de constitucionalidad de las leyes, así como la prevalencia del criterio jerárquico sobre el cronológico³⁹. Por otro lado, ello redundaría en la uniformidad de las decisiones y, en consecuencia, en la certeza jurídica y la igualdad ante la ley. Sin embargo, la propuesta tenía una deficiencia de diseño que podría haber dificultado alcanzar esas ventajas: para la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida se requería como presupuesto al menos una sentencia previa estimatoria de inaplicabilidad, cuyos efectos se circunscriben a la gestión pendiente. Además, el quórum exigido para la declaración de inconstitucionalidad era especialmente alto: 3/5 o 4/5 de los integrantes en ejercicio de la Corte Constitucional. Cumplir estos requisitos podría haber sido lento y gravoso y habría implicado la presunción de constitucionalidad de normas que devinieron inconstitucionales, manteniendo su aplicación en los casos concretos.

La tercera vía fue la adaptación de la normativa reglamentaria. Los jefes de servicio de los órganos del Estado debían, desde la publicación de la nueva Constitución, adaptar su normativa interna a aquella. Mientras no se realizara *“la adaptación”*, la normativa preconstitucional mantendría su vigencia. Las dudas que planteó esta solución fueron: ¿adaptar es dictar una nueva normativa consistente? ¿adaptar es modificar la normativa inconsistente? ¿adaptar es declarar derogada la inconsistencia o derechamente inaplicar?

Finalmente, la cuarta vía fue la iniciativa popular de derogación de leyes o derogación por referéndum nacional. La disposición en comentario excepcionaba la regla (del artículo 158) que señalaba que la iniciativa de derogación de leyes se aplica a las leyes promulgadas bajo la vigencia de la nueva Constitución y permitía que lo fuera respecto de leyes aprobadas con anterioridad.

³⁹ GARCÍA Y BASCUÑÁN (2022), p. 17.

Así, en la propuesta del artículo segundo transitorio del texto constitucional de 2022 coexistió una norma derogatoria constitucional innominada con un control de constitucionalidad concentrado y posterior, ámbito que se catalogó como relativamente problemático en la Introducción de este artículo. Sin embargo, además de la norma derogatoria se consideró otra norma que introdujo la competencia del órgano de justicia constitucional para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida que, en principio, excluyó la facultad de los jueces para declarar la derogación tácita de los preceptos legales preconstitucionales. Ello dotaba de mayor certeza al asunto especialmente debatido por la doctrina chilena: cuál es el órgano facultado para resolver la incompatibilidad entre las normas legales previas a la nueva Constitución⁴⁰.

Igualmente, en dicho momento persistió la duda ¿Es posible que los jueces puedan declarar derogadas tácitamente las normas legales preconstitucionales por su incompatibilidad con las nuevas normas constitucionales? En nuestra opinión, lo dispuesto por el artículo segundo transitorio reducía el espacio para una interpretación en dicho sentido, toda vez que esta facultad quedó radicada explícitamente en la Corte Constitucional, despejando la discusión que actualmente existe por ausencia de norma expresa sobre el órgano competente⁴¹.

La propuesta de texto constitucional del Consejo Constitucional, rechazado en plebiscito el 17 de diciembre de 2023, en su segunda disposición transitoria señalaba: *“Toda la normativa vigente a la fecha de publicación de esta Constitución seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras no sea declarada contraria a la Constitución por el Tribunal Constitucional, en los casos que proceda y de acuerdo con lo establecido en esta Constitución”*.

De esta forma, al igual que en la propuesta anterior, se decide la recepción y continuidad del Derecho preexistente compatible con la nueva Constitución, ello con la fórmula: *“Toda la normativa vigente a la fecha de publicación de esta Constitución seguirá en vigor”*, reduciendo a solo dos alternativas los mecanismos para depurar la incompatibilidad entre el Derecho nuevo y el Derecho viejo: a) La derogación expresa, modificación o sustitución por el legislador; y b) La inconstitucionalidad sobrevenida declarada por el Tribunal Constitucional en los casos que proceda y según lo establecido por la Constitución.

Del mismo modo que en la propuesta de texto constitucional de 2022, se estimó que la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida por un único órgano, con efectos generales e invalidatorios, daría cierta certeza sobre el estatus de las normas legales anteriores contrarias a la nueva Constitución en oposición a la derogación tácita que, de forma difusa, requeriría ser declarada en cada caso concreto⁴². Sin embargo, el constituyente nuevamente no consideró que para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida se requería de al menos una sentencia estimatoria de inaplicabilidad, lo que posiblemente habría inaugurado una temporada de “inaplicabilidades sobrevenidas”. La declaración de inaplicabilidad sobrevenida, al modo de la derogación tácita de los preceptos legales preconstitucionales, produce efectos solo en el caso concreto y debilita la certeza que producen los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida, aunque mantiene la ventaja de que provengan de un único órgano con un mismo criterio de decisión.

Lo expuesto nos permite afirmar que se desarrollaron dos propuestas de textos constitucionales que estuvieron contestes sobre la recepción y continuidad del Derecho

⁴⁰ Algunos autores como García y Bascuñán propusieron en 2022 que la nueva Constitución establezca dos (clases de) normas transitorias: i) una norma de adopción por recepción del derecho de rango infraconstitucional preexistente por la nueva Constitución; (ii) una norma o grupo de normas que establezca(n) el criterio para resolver las antinomias que puedan producirse entre el derecho rango infraconstitucional preexistente y las nuevas normas constitucionales. GARCÍA Y BASCUÑÁN (2022), p. 17.

⁴¹ Ver La transición constitucional: un cronograma para el cambio. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2022/08/16/27-transicion-constitucional-un-cronograma/>.

⁴² Anteriormente a los procesos constituyentes algunos autores ya habían prevenido sobre *“el carácter problemático de la derogación tácita, porque genera indeterminación del material normativo vigente, produce contaminación legislativa y la delegación a los órganos de aplicación de la identificación de las normas que serán derogadas. Esto último, si se vincula con el efecto inter partes que generalmente producen las sentencias de los tribunales ordinarios de Justicia, aumenta exponencialmente los problemas de seguridad jurídica en los derechos contemporáneos”*. AGÜERO-SAN JUAN Y PAREDES (2019), p. 397.

precedente compatible con las nuevas normas constitucionales; y que buscaron zanjar la principal discusión de la doctrina nacional, proponiendo una norma derogatoria innominada que disponía que toda la normativa anterior seguía vigente mientras no fuera derogada expresamente o declarada contraria a la Constitución por el Tribunal Constitucional. Ello, con el fin de dotar de mayor certeza a la situación interina en que queda todo el ordenamiento jurídico cuando entra en vigencia de una nueva Constitución.

4. Conclusiones

En Chile, con la entrada en vigencia de la Constitución Política y de sus distintas reformas, la doctrina ha debatido sobre la situación o estatus de las normas preconstitucionales. Principalmente el debate radica en cuál es el órgano con competencia para declararlas tácitamente derogadas cuando son incompatibles con las nuevas normas constitucionales o para decidir su inconstitucionalidad sobrevenida. Esto es, si corresponde resolver la antinomia a los tribunales de justicia o al Tribunal Constitucional. La discusión se mantiene abierta y no ha sido zanjada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional.

El escenario actual es complejo para el estatus de las leyes preconstitucionales, toda vez que se produce una concurrencia de competencias entre el órgano de justicia constitucional, quien puede declarar la inconstitucionalidad de aquellas; y cualquier juez, a su vez, está facultado para pronunciar su derogación tácita. El contexto se agrava ante la ausencia de normas derogatorias constitucionales.

Las soluciones brindadas en los textos constitucionales propuestos en 2022 y 2023 recogen el principio de permanencia de las leyes y la continuidad del Derecho viejo. En tal sentido, las leyes siguen vigentes hasta que el legislador no las derogue, modifique o sustituya; o sean declaradas inconstitucionales por la Corte o Tribunal Constitucional. Las ventajas que se reconocieron a esta última solución fueron los efectos generales, invalidatorios y hacia el futuro de las decisiones emanadas de un único órgano especializado encargado del control de constitucionalidad de las leyes; y, con ello, la uniformidad de sus decisiones. Sin embargo, no se advirtió en ninguno de ambos textos, el problema de mantener vinculada la acción de inconstitucionalidad a la acción de inaplicabilidad para este propósito.

Las normas derogatorias constitucionales brindan distinto grado de certeza según la determinación del objeto derogado. Si la norma derogatoria es nominada su declaración cesará la vigencia de los textos legales previos especificados. Sin embargo, comúnmente, los cambios constitucionales prevén normas derogatorias innominadas, que operan casi como una derogación tácita.

El establecimiento de una disposición derogatoria constitucional innominada suele no determinar qué autoridad y con cuáles efectos se resuelven las antinomias entre las nuevas normas constitucionales y las normas infraconstitucionales previas. Ello requiere de una norma adicional que así lo defina. Las disposiciones de ambos textos constitucionales (segunda transitoria de 2022 y segunda transitoria de 2023) contemplaron sendas normas derogatorias y además previeron el mecanismo (inconstitucionalidad sobrevenida) y el órgano competente (Tribunal Constitucional) para resolver este tipo de conflictos. De haber sido aprobados algunos de dichos textos, se habría dotado de mayor certeza a la situación interina en que queda todo el ordenamiento jurídico cuando entra en vigor una nueva Constitución.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGÜERO-SAN JUAN, SEBASTIÁN (2020): "Existencia y eliminación de una constitución: notas para entender la vigencia y derogación constitucional", en: Muñoz, Fernando y Ponce de León, Viviana (Coords.), *Conceptos para una nueva Constitución* (Santiago, Ediciones Der), pp. 55-78.

- AGÜERO-SAN JUAN, SEBASTIÁN (2023): “Nueva constitución y una quimera derogatoria”, en: Blog Revista Derecho del Estado, 28 de junio de 2023. Disponible en: <https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2023/06/28/nueva-constitucion-y-una-quimera-derogatoria/> [visitado el 9 de febrero de 2025].
- AGÜERO-SANJUAN, SEBASTIÁN Y PAREDES, FELIPE (2019): “Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida. Explorando la utilidad del argumento del derecho comparado”, en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Vol. 23, N° 2), pp. 369-399.
- AGUILÓ, JOSEP (1994): “La derogación en pocas palabras”, en: Anuario de Filosofía del Derecho (N° 11), pp. 407-418.
- CANO, TOMÁS (2017): “Leyes viejas, reforma de la Constitución y sistema de control”, en: Crónica Jurídica Hispalense Revista de la Facultad de Derecho (N° 15), pp. 87-97
- DIEZ-PICAZO, LUIS (2009): La derogación de las leyes (Madrid, Civitas).
- CORDERO, EDUARDO (2009): “Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno”, en: Revista *Ius et Praxis* (Año 15, N° 2), pp. 11-49.
- GARCÍA, CRISTIÁN (2013): “Contiendas de competencia entre órganos políticos o administrativos y tribunales inferiores de justicia: ¿Inconstitucionalidad sobrevenida o derogación tácita por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 191 del COT?”, en: Revista Derecho Público Iberoamericano (N° 3), pp. 109-116.
- GARCÍA, GONZALO Y BASCUÑÁN, ANTONIO (2022): “Propuestas para la transición constitucional”, en: Puntos de referencia del Centro de Estudios Públicos (N° 605), pp. 1-26.
- GASCÓN, MARINA (1994): “Cuestiones sobre derogación”, en: *Doxa* (N° 15-16), pp. 845-859.
- GUASTINI, RICCARDO (2001): “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, en: *Discusiones* (N° 2), pp. 59 - 63.
- GUASTINI, RICCARDO (2017): *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos* (Lima, Legales Ediciones).
- HENRÍQUEZ, MIRIAM (2018): “El contenido del derecho de propiedad. ¿Derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 15 y 16 del decreto ley N.º 2.695?”, en: Henríquez, Miriam y Rajevic, Enrique (Coords.), *Derecho de propiedad. Enfoques de Derecho Público* (Santiago, Ediciones Der), pp. 31-48.
- HENRÍQUEZ, MIRIAM (2020): “Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales. ¿El germen del control difuso de constitucionalidad?”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo)* (Vol. 27), pp. 1-25.
- HENRÍQUEZ, MIRIAM Y RAGONE, SABRINA (2024): “La funcionalidad de las disposiciones derogatorias constitucionales: una aproximación desde la comparación jurídica”, en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (Vol. 28, N° 2), pp. 389-415.
- HUBE, CONSTANZA (2018): “Competencia de la Corte Suprema vs. competencia del Tribunal Constitucional”, en: *Revista Sentencias Destacadas* (2016), pp. 215-235.
- INIESTA, JUAN JOSÉ (2019): “Aplicación del Derecho cambiante”, en: *Doxa* (N° 42), pp. 165-191.
- ITURRALDE, VICTORIA (2002): “Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción”, en: Anuario de Filosofía del Derecho (N° 19), pp. 357-375.
- LETELIER, RAÚL (2007): “Jueces ordinarios y justicia constitucional”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 34, N° 3), pp. 539-574.
- NÚÑEZ, MANUEL (2012): “Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 19, N° 2), pp. 191-236.

ROJAS, JULIO (2013): La derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria: análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005 (Santiago, Editorial Metropolitana).

ROJAS, JULIO (2017): “Caso del extranjero ilegal y derogación tácita de preceptos preconstitucionales (Sentencia Corte Suprema, 20 de agosto de 2016, Rol N.º 35.236-2016)”, en: Revista Jurídica Digital UAndes (Nº 2), pp. 137-145.

ROJAS, JULIO (2019): “Relaciones entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional en la aplicación de la Constitución: un caso de ley preconstitucional (Análisis de la sentencia dictada por la Corte Suprema, Rol N° 35236-2016)”, en: Revista de Derecho (Coquimbo) (Vol. 26), pp. 1-26.

ROJAS, JULIO (2020): “Peso de la ley y la eficacia directa de la Constitución. Evolución del sistema de fuentes formales en la República de Chile”, en: Revista (Año 34, Vol. 29, Nº 1), pp. 202-225

SILVA, LUIS (2010): “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”, en: Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte (Año 18, Nº 1), pp. 307-315.

SILVA, MARÍA PÍA (2013): “Comentario a la sentencia Rol 1018-09 de la Corte Suprema”, en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Año 20, Nº 2), pp. 457-473.

VARELA, SANTIAGO Y SATRUSTEGUI, MIGUEL (1979): “Constitución nueva y leyes viejas”, en: Revista del Departamento de Derecho Político (Nº 4), pp. 59-77.

ZAPATA, PATRICIO (2024): Justicia Constitucional (Santiago, Thomson Reuters).

ZÚÑIGA, FRANCISCO (2010): “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad”, en: Revista de Derecho Público (Nº 72), pp. 294 -339.

ZÚÑIGA, FRANCISCO (2017): “Control difuso de normas: Comentario a la sentencia Rol N° 35236-2016 de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2016”, en: Revista Estudios Constitucionales (Año 15, Nº 1), pp. 425-432.