

ANÁLISIS DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA SOBRE EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD

Luz Bulnes Aldunate

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Chile

En las XII Jornadas de Derecho Público realizadas en Concepción presentamos un trabajo sobre el recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1980, analizando la historia, el texto y la jurisprudencia sobre esta importante institución.

Han pasado diez años desde que realizamos este trabajo y en este período la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema y la doctrina constitucional han evolucionado de manera que muchas de las afirmaciones de ayer no las podríamos sustentar hoy día y además han aparecido problemas que en esa época no se visualizaban. Hay también importante jurisprudencia que se ha mantenido desde la vigencia de la Constitución de 1925.

El trabajo de hoy tiene por objeto analizar algunas sentencias de la Excelentísima Corte Suprema y sin pretender agotar el tema poner al día lo que sosteníamos ayer.

Analizaremos a continuación los siguientes puntos:

- I. Contradicción entre el precepto legal y el precepto constitucional;
- II. Los fallos del Tribunal Constitucional y las atribuciones de la Corte Suprema;
- III. Sobre si puede interponerse el recurso de inaplicabilidad de una ley en su totalidad o debe ser sólo de un precepto legal determinado;
- IV. Que el precepto legal contrario a la Constitución se pretenda aplicar en las cuestiones pendientes;
- V. Problemas que acarrea los preceptos legales anteriores a la Constitución y que sean contrarios a ella.

I. CONTRADICCIÓN ENTRE EL PRECEPTO LEGAL Y EL PRECEPTO CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que para que pueda acogerse un recurso de inaplicabilidad es indispensable que

exista una completa y perfecta contradicción entre una regla constitucional y una legal, es decir, que ambas no puedan coexistir entre sí por contener normas o funciones jurídicas que se contrapongan al aplicarse a un negocio determinado.

Al decir de la Corte, el verdadero alcance del recurso se limita a establecer un proceso de comparación entre la institución constitucional y el precepto legislativo y en ver si concuerda o no con aquélla.

Por fallo de la Corte Suprema, contenido en el Rol Nº 14.444 de 8 de junio de 1990, este Alto Tribunal declaró que los preceptos del Decreto Ley Nº 2.695 contravienen la disposición constitucional del artículo 19 Nº 24, ya que priva del dominio sobre un inmueble inscrito al titular del derecho, confiriéndoselo sin expropiación previa a un tercero que ha tenido su posesión durante cinco años. Igualmente, rechazó el recurso de inaplicabilidad contenido en el Rol Nº 16.164 de 31 de octubre de 1991 por no existir conflicto entre los artículos 53, 54 y 112 del Código Sanitario y la Carta Fundamental, por lo que los primeros no son inconstitucionales, lo que determina el rechazo del recurso.

En el mismo sentido se pronuncia en el fallo de 26 de julio de 1991, contenido en el Rol Nº 16.564 y en el fallo de 11 de junio de 1992 del Rol Nº 16.392.

En fallo de 25 de junio de 1993 del Rol Nº 17.058 la Corte reitera el criterio que ha venido sosteniendo desde la vigencia de la Constitución de 1925 y sostiene en el considerando Nº 12: "Que es la esencia del recurso de inaplicabilidad —y así se deduce del texto del artículo 80 de la Carta Fundamental— que exista una confrontación entre un precepto legal y una disposición constitucional".

Esta sentencia de 1993 viene a corroborar el criterio sostenido por la Excelentísima Corte Suprema durante toda la vigencia de la Constitución de 1925 que exige para la aceptación del recurso que se plantee concretamente una contradicción u oposición específica entre determinados preceptos de ley y ciertas normas constitucionales.

No hemos encontrado en las sentencias de los últimos años criterios en que se analicen si los preceptos legales tachados de inconstitucionalidad acatan o no exigencias de justicia que contempla la Constitución de 1980 y que no encontrábamos en la Constitución de 1925.

El distinguido profesor de Derecho Constitucional don Raúl Bertelsen al analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad entre los años 1981 a 1985, en artículo publicado en la Revista de Derecho Público N° 37 a 38, sostiene que el recurso de inaplicabilidad exige ahora un mayor desarrollo doctrinal y no puede ser calificado siempre de recurso de derecho estricto. Pone como ejemplo el caso de G. Castro, al declarar inaplicable el artículo 40 N° 10 de la Ley 18.045 sobre mercado de valores, donde la Corte Suprema tiene que determinar sobre el significado de la autonomía que la Constitución reconoce y garantiza a los grupos intermedios en el artículo 1º, inciso 3º. Según sostiene el profesor mencionado, "tal forma de razonar supone un avance notable en la transformación del recurso de inaplicabilidad en una forma de control de la ley más creativa".

Si bien este criterio podría aceptarse para el análisis de ciertas disposiciones constitucionales que contienen exigencias de justicia, si analizamos las sentencias de los últimos años veremos que la Excelentísima Corte ha mantenido su posición en el sentido que el recurso de inaplicabilidad es un recurso de derecho estricto, y como bien lo sostiene en el Rol N° 17.058 de 1993, es de la esencia de este recurso que exista una confrontación entre la norma constitucional y un precepto legal.

De la revisión que hemos hecho de la última jurisprudencia sobre la materia resulta que el recurso de inaplicabilidad se mantiene como un recurso de derecho estricto.

Sin embargo, a nuestro juicio y frente a los principios de orden valórico que se introducen en las Bases de la Institucionalidad, bien podría la Corte entrar a revisar si se cumple o no en la legislación con estos principios.

II. LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS ATRIBUCIONES DE LA CORTE SUPREMA

El artículo 83 de la Constitución en su inciso final establece: "Resuelto por el Tribunal que un proyecto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia".

Sobre la debida interpretación que debe darse a esta disposición se han planteado du-

das en cuanto a cuál es la forma en que limita las atribuciones de la Corte Suprema para conocer de la inaplicabilidad de un precepto legal y especialmente sobre si el Tribunal Supremo puede conocer declarar inaplicable un precepto de ley orgánica constitucional.

En lo que respecta a este punto, la sentencia de 28 de enero de 1992, contenida en el Rol N° 16.293, expresa en el considerando N° 17 letra c), lo siguiente: "la tarea del Tribunal Constitucional es de índole esencialmente preventiva y se desarrolla mientras la ley está en gestación, de manera que, como es de suponer, aquél se encuentra en la imposibilidad de anticiparse a todas las cuestiones que con ocasión de las múltiples facetas de la realidad práctica, y consiguiente interpretación pueda producir frente a mandatos de carácter constitucional".

"De no entenderse así habrá que llegar a la conclusión que todas las leyes orgánicas constitucionales serían inimpugnables frente al recurso de inaplicabilidad una vez despachadas por el Tribunal Constitucional, lo que vendría a menoscabar injustificadamente las atribuciones de esta Corte a la que el artículo 80 le entrega sin restricción la facultad de declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a ésta, de modo que relacionando tal artículo 80 con el artículo 83 de la Carta, sólo se puede inferir que queda excluido del ámbito del recurso de inaplicabilidad el caso concreto fallado por el Tribunal Constitucional en su labor preventiva y con relación a un vicio determinado".

Lo sustentado en esta sentencia viene a confirmar nuestro criterio en el sentido que la declaración de constitucionalidad que hace el Tribunal Constitucional respecto de una ley orgánica constitucional no limita las facultades de la Corte Suprema para conocer por la vía de la inaplicabilidad de la constitucionalidad de los preceptos legales contenidos en la ley orgánica constitucional.

La Corte Suprema sólo vería limitadas sus atribuciones cuando el Tribunal ha resuelto un caso concreto sometido a su conocimiento declarando constitucional la norma requerida.

Además del origen del artículo 83, inciso final, se puede deducir igual interpretación. En el texto de la Constitución de 1925 en el artículo 78 c) se establecía que "resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia". El Anteproyecto elaborado por la Comisión de Estudio en su artículo 89 mantiene este precepto en términos semejantes; sin embargo, en el precepto del Consejo del Estado, que fue posteriormente norma constitucional, se agregó al término precepto

el de "determinado", por lo que podríamos decir que los preceptos de las leyes orgánicas constitucionales no estarían al margen del recurso de inaplicabilidad, como bien lo sostiene la sentencia que hemos analizado.

III. SOBRE SI PROCEDE EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD EN CONTRA DE UNA LEY EN SU TOTALIDAD O DEBE SER SOLO DE UN PRECEPTO LEGAL DETERMINADO

Sobre el particular, encontramos en las sentencias de la Excelentísima Corte Suprema un criterio amplio y otro restringido, prevaleciendo este último en los fallos más recientes.

De acuerdo con el criterio amplio en fallo de 16 de octubre de 1989, Rol N° 14.880, del Tribunal Supremo, en que se pedía la declaración de inaplicabilidad de los artículos 15 y 16 del D.L. 2.695 por ser contrarios al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, la Corte resolvió que éstas privan del dominio sobre un inmueble inscrito al titular del derecho, confiriéndoselo *sin expropiación previa a un tercero* que ha tenido su posesión durante cinco años y que contravienen la Constitución Política no solamente los artículos mencionados sino todo el contexto general del D.L. 2.695, ya que constituye éste un cuerpo legal que en su totalidad tiene como resultado jurídico último la privación del dominio (Considerandos séptimo y octavo).

En el mismo sentido se pronunció la Excelentísima Corte en el Rol N° 16.672 de 8 de enero de 1991, considerando N° 12, sosteniendo que "si una ley y a través de diversas previsiones, más aún en su totalidad, contraviene a determinada norma constitucional, no se divisa el impedimento para interponer el recurso de inaplicabilidad en contra de toda esa normativa en su conjunto. Lo que se argumenta en cuanto a la posición de que éste sólo se puede hacer valer cuando se trata de un solo precepto contrario —supuesto que lo que se ha entregado a esta Corte mediante este recurso excepcional es el resguardo o control de la constitucionalidad de las leyes—, implicaría interponer en relación a cada precepto de un texto legal —por considerarlo opuesto a la Constitución— el respectivo recurso de inaplicabilidad, lo cual, al margen de otras consideraciones que se puede valer relativas al espíritu y finalidad del tal recurso, resulta de primera impresión impropio e inoficioso".

De las consideraciones transcritas resulta que si una ley a través de diversas disposiciones contraviene la Constitución, no se divisa razón alguna para no interponer el recurso en contra de toda esa normativa en su conjunto.

Sería, en conformidad con este planteamiento, inoficioso interponer respecto de cada precepto de la ley el recurso de inaplicabilidad.

Esta tesis la encontramos, también, en los Roles N°s. 16.947 de 1° de abril de 1991 y 16.948 de 1° de abril de 1991.

Sin embargo, la tesis contraria o criterio restringido, esto es, que sólo cabe declarar inaplicable disposiciones determinadas de un cuerpo legal, ha sido mayoritariamente sostenida por la Excelentísima Corte Suprema en los últimos fallos.

Sustenta esta doctrina que el artículo 80 de la Constitución Política faculta a la Corte Suprema para declarar inaplicable "todo precepto legal" contrario a la Constitución, texto del cual se desprende que la facultad otorgada por dicha norma no se extiende al punto de que esta Corte pueda declarar inaplicable una ley globalmente considerada como una codificación o una ley integrada por el conjunto de preceptos que regulan una institución precisa y determinada.

En este sentido se pronunció la Excelentísima Corte en fallo de 16 de junio de 1992, Rol 17.055 y en el que expresó además que "el recurso de inaplicabilidad limita la declaración que ha de hacer esta Corte en un recurso de esta clase únicamente a disposiciones específicas de una ley, no pudiendo extenderse esa declaración a una normativa legal integralmente considerada. Y como en la especie se trata de un recurso excepcional, su alcance no ha de entenderse entonces sino en esa precisa y exacta dimensión. Ampliar su texto podría trasgredir las limitaciones propias del rol que corresponde a los distintos poderes del Estado".

Este criterio se reiteró en las siguientes sentencias: Rol N° 16.258 de 29 de julio de 1992; Rol N° 17.875 de 16 de septiembre de 1992; Rol N° 18.131 de 2 de diciembre de 1992; Rol N° 18.540 de 23 de abril de 1993; Rol N° 17.143 de 16 de septiembre de 1992; Rol N° 18.540 de 23 de abril de 1993; Rol N° 18.206 de 30 de abril de 1993; Rol N° 18.204 de 30 de abril de 1993.

Los últimos fallos indicados han sostenido la doctrina que la facultad indicada en el artículo 80 de la Constitución Política no habilita a este tribunal para declarar inaplicable una ley globalmente considerada.

El criterio que ha imperado en el último tiempo en la Excelentísima Corte Suprema es que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad permite sólo que se declare respecto de disposiciones precisas y determinadas de una ley, vedándolo cuando se pretende que se extienda a todo un cuerpo legal.

De lo anterior resulta que la petición o el recurso de inaplicabilidad debe contener con

precisión las razones de hecho y de derecho por las cuales se ataca determinado precepto específico que se estima contrario a la Constitución, puntualizando la forma y medida que adopta la presunta inconstitucionalidad.

IV. QUE EL PRECEPTO LEGAL CONTRARIO A LA CONSTITUCION SE PRETENDA APLICAR EN LAS CUESTIONES PENDIENTES

Durante la vigencia de la Constitución de 1925 se sostuvo invariablemente que el recurso debía fundarse en la oposición de un precepto legal a la Constitución siempre que se tratara de un precepto legal aplicable al caso.

Invariablemente, la Corte ha afirmado que no tiene atribuciones para declarar inaplicable preceptos legales que no sean aplicables al caso que se debate o a la gestión pendiente.

Se sustenta esta afirmación en que el texto constitucional dice que la "Corte Suprema podrá declarar inaplicable para esos casos particulares".

Este mismo criterio se ha aplicado en las últimas sentencias en que se ha debatido la materia. Así, en fallo de 28 de enero de 1992, Rol Nº 16.622, se expresó: "que si bien el recurso de inaplicabilidad que establece el artículo 80 de la Constitución presenta una fisonomía estrictamente jurídica o de derecho estricto, lo que importa es que para su resolución sólo corresponda efectuar un análisis comparativo entre los preceptos legales objetados y la norma o normas de la Constitución Política que se reprocha que vulnerarían, no es menos cierto que tal recurso por estar vinculado a una gestión o juicio determinado está llamado a tener incidencia dentro de una realidad o relación jurídico procesal objetiva, circunstancia que deja de manifiesto de que sólo corresponderá remitir pronunciamiento sobre el fondo de la inaplicabilidad planteada cuando las disposiciones legales objetadas de inconstitucionales deban tener necesaria aplicación o estén precisamente destinadas a ser consideradas para la decisión de la materia en la cual incide el recurso".

En este mismo sentido se pronunció la Excelentísima Corte en sentencia de 29 de enero de 1993, Rol Nº 17.699, en la que mantiene también el invariable criterio de este Tribunal en el sentido que las normas legales que no tienen aplicación en el juicio "su eventual declaración de inaplicabilidad ninguna influencia tendría en la decisión de la contienda allí debatida, requisito éste que es indispensable en una acción de rango constitucional, como es la interpuesta en estos antecedentes".

En relación a este punto, como hemos visto, se ha mantenido el criterio sustentado por la Excelentísima Corte bajo la Constitución de 1925.

V. PROBLEMAS QUE ACARREAN LOS PRECEPTOS LEGALES ANTERIORES A LA CONSTITUCION Y QUE SEAN CONTRARIOS A ELLA

La jurisprudencia emanada de recurso, de inaplicabilidad planteados recién dictada la Constitución de 1980, se pronunció en el sentido de que los preceptos legales anteriores a dicha Ley Fundamental y que por su contenido fueren contrarios a ella debían entenderse tácitamente derogados por su inferior jerarquía normativa y que esta derogación correspondía declararla a los jueces de la causa.

Esta tesis fue sostenida por la casi unanimidad de los fallos dictados en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1980 y ha sido sustentada siempre por el señor Fiscal de la Corte Suprema, quien ha expresado que es impropcedente el recurso de inaplicabilidad en esta materia, por cuanto resolver en relación a disposiciones legales que regían con anterioridad a la Constitución de 1980 y que pueden contraponerse a su normativa no es propio del recurso de inaplicabilidad sino que es un asunto de supervivencia de dichos preceptos o de una eventual derogación de los mismos, cuestión que corresponde decidir a los jueces de la instancia.

Este criterio fue evolucionando con el correr de los años y así la Excelentísima Corte en muchos casos se ha pronunciado en el sentido de que se trata de un problema de inconstitucionalidad de esas normas y no de un problema de derogación de disposiciones legales anteriores a la Constitución de 1980.

Contrariando la tesis mayoritaria que se ha acogido en los últimos cinco años, encontramos, sin embargo, algunos fallos aislados que mantienen la tesis que podríamos llamar de la derogación, como es el de 26 de abril de 1991, Asociación Gremial de Profesores de Chile con Superintendencia de Seguridad Social, en la letra B), considerandos segundo y tercero que expresan "que el decidir si una disposición legal que regía antes de la Carta Política en vigencia desde esa fecha y que pudieren contraponerse con ella no es materia propia de un recurso como el que se estudia sino que una cuestión de supervivencia de la ley que corresponde resolver a los jueces de la instancia.

Que, por consiguiente, la materia señalada precedentemente, y que planteaba el recurso

en estudio, es de aquellas que concierne resolver a los jueces de fondo, quienes son, en definitiva, los únicos llamados a decidir si tal o cual precepto está vigente o ha sido derogado a la fecha del juzgamiento del asunto entregado a su conocimiento.

Como lo decíamos anteriormente este criterio no ha prevalecido en la doctrina emanada de la Excelentísima Corte Suprema en los últimos años.

El problema de la inconstitucionalidad sobrevenida y que reconoce a la Corte Suprema la posibilidad de declarar inaplicable un precepto legal anterior a la Constitución vigente ha sido aceptado por la mayoría de las últimas sentencias de la Excelentísima Corte Suprema.

Así por ejemplo, en fallo de 24 de abril de 1992, Rol N° 16.947, se afirma que "si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general, que es la Constitución ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte declarar la inconstitucionalidad de esta última, si lo es, con sujeción a lo que dispone el artículo 80 de la Carta Política, que no hace distinción alguna entre leyes anteriores y posteriores a ella".

"La tesis contraria sostenida por el señor Fiscal y la señora Soto, no se aviene, en consecuencia, ni con la letra ni con el espíritu de la norma constitucional que consagra en nuestro ordenamiento jurídico fundamental el recurso de inaplicabilidad, ni resuelve tampoco el caso de la creación, por la Constitución, de una sistema incompatible con la aplicación de la norma común, lo que sí puede hacer, en cambio, la Corte Suprema, que tiene como Tribunal Unico el control de la constitucionalidad de la ley, conforme al mencionado artículo 80;" (Considerando 5°).

En el mismo sentido se pronuncia el fallo de 16 de junio de 1991 contenido en el Rol N° 14.880.

Así, en el considerando 3° de este último fallo se expresa:

"Que no comparte este Tribunal la afirmación de que sólo incumba a los jueces de la instancia resolver si las leyes que los recurrentes estiman opuestas a la Constitución Política lo son realmente".

En efecto, si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general, que es la Constitución, ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última conforme al artículo 80 de la Carta Política, que no hace diferencia entre leyes anteriores o posteriores a ella. La tesis de la derogación, que pretende eliminar las facultades de este Tribunal cuan-

do la ley de cuya inaplicabilidad se trata es anterior a la Constitución, no resuelve el caso de la creación, por ésta, de un sistema incompatible con la aplicación de la norma común, y sí lo puede resolver en cambio esta Corte Suprema, que tiene como Tribunal Unico el control de la constitucionalidad de la ley en la forma dispuesta por el artículo 80 de la Carta Fundamental".

En los considerandos transcritos se reconoce a los jueces de la instancia la facultad de declarar la derogación de preceptos dictados con anterioridad a la Constitución vigente al mismo tiempo que ello no inhibe a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de la ley especial común.

Como bien lo sostienen estas sentencias, lo esencial para que la Excelentísima Corte pueda pronunciarse sobre la inaplicabilidad de una ley es que ésta y la Constitución estén a un mismo tiempo vigentes, no siendo valedera la exigencia que ha formulado el señor Fiscal, en varias causas, de que la ley común cuya constitucionalidad se impugna sea posterior a la Carta Fundamental.

Por otra parte y desde un punto de vista de índole fáctica, aceptar solamente la tesis de la derogación sería dejar sin control de constitucionalidad toda una abundante legislación, pues son pocos los casos en que los jueces de la causa han declarado la derogación de un precepto legal por ser contrario a la Constitución.

Sobre el particular encontramos también un interesante fallo de 28 de enero de 1992 contenido en el Rol N° 16.293 que en sus considerandos números 2, 3 y 4 sostiene lo siguiente:

"2. Que si bien la norma recién transcrita rige con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución Política, ello no obsta a que esta Corte se pronuncie sobre la cuestión de inaplicabilidad propuesta. En efecto, y contrariamente a lo que opina el Ministerio Público en su dictamen de fojas 158, diversas razones apoyan tal predicamento y así se puso ya de manifiesto en sentencia última sobre esta misma materia.

En primer lugar, si los jueces de la instancia pueden decidir en el sentido que la Constitución ha derogado alguna ley común, con tanta mayor razón puede hacerlo esta Corte Suprema, que se halla en la cúspide de la escala jerárquica del Organismo Jurisdiccional y a quien el artículo 80 de la Carta Política le entrega precisamente esta facultad, sin hacer diferencia entre leyes anteriores o posteriores a ese ordenamiento. Así, pues, donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir.

3. Que lo esencial para que esta Corte pueda pronunciarse sobre la inaplicabilidad de una ley radica en la condición de que ésta y la Carta Fundamental se hallen vigentes, como ocurre en la especie. Este ha sido el criterio de la Corte Suprema últimamente, concordando con el predicamento que se sostuvo durante el imperio de la Constitución de 1925 cuando se abordó a través de este recurso la posible inconstitucionalidad de las leyes dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1933.

4. Que además dentro de la hipótesis del señor Fiscal, quedarían muchos conflictos sin resolverse ante la imposibilidad en que se encontrarían los jueces frente, por ejemplo, a leyes que contengan normas especiales que estuvieren en pugna con disposiciones generales contenidas en una Constitución posterior. En tal eventualidad y dado que, de acuerdo con principios comúnmente aceptados, la norma genérica no deroga, por lo regular, de un modo tácito a la norma especial dictada precedentemente, el Magistrado se vería obligado a aplicar ésta que mantendría una ultraactividad sustancialmente contraria a una regla o precepto de superior rango, y a su vez le estaría vedado a la Corte Suprema a hacer respetar la Supremacía de la Constitución, en conformidad con lo estatuido, justamente, por la Carta Fundamental.

De ahí que tanto desde el punto de vista jurídico estricto como por ineludibles razones de conveniencia institucional es preferible que sea la Corte Suprema y no la judicatura de la instancia la que resuelva un asunto de tanta trascendencia como es la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley".

De lo expuesto y a nuestro juicio resultaría que de un análisis de la jurisprudencia de los últimos cinco años pareciera que se acepta tanto la posibilidad que los jueces de la instancia resuelvan sobre si un precepto legal anterior a la Constitución está o no derogado por la Ley Fundamental, como que ello no inhiere a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad del precepto si es contrario a la Constitución y aunque haya sido dictado con anterioridad a ella.

Pese a que el análisis de las normas transitorias en relación con el problema que analizamos no ha sido planteado ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, a nuestro juicio lo sostenido en el párrafo anterior vendría a ser corroborado por la disposición quinta transitoria de la Constitución que establece: "Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado cumplan estos requisitos y seguirán aplicándo-

se en lo que no sean contrarias a la Constitución mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales".

De aquí que las materias orgánico constitucionales y de quórum calificado dictadas antes de la Constitución de 1980 estarían derogadas tácitamente, en lo que sean contrarias a la Carta Fundamental, y no cabe duda que los jueces de la causa podrían declarar esta derogación, pues hay texto expreso de la Constitución que los autoriza para ello.

Esta disposición quinta transitoria vendría a reforzar la tesis que los jueces de la causa pueden declarar tácitamente derogada una norma si es contraria a la Constitución vigente y ello lo ratifica, respecto a las materias orgánico constitucionales y de quórum calificado, el propio texto constitucional, no existiendo razón alguna para que no pueda sustentarse, también, respecto de las leyes comunes aplicando las reglas generales de derecho sobre la derogación de las leyes.

Si bien el análisis de la última jurisprudencia pareciera que ha prevalecido la tesis de la inconstitucionalidad apoyada también por las opiniones del profesor español García Enterría y por el ex Ministro del Tribunal Constitucional don Eugenio Valenzuela, a nuestro juicio habría que confrontarla con la disposición quinta transitoria de la Constitución, antes transcrita, pues es evidente que de su texto se desprende con claridad que la Constitución de 1980 derogó tácitamente todas las normas de materia orgánica constitucional o de quórum calificado y que fueren contrarias a ella.

Lo anterior que vendría a apoyar la tesis de la derogación, no significa, a nuestro juicio, que no pueda aplicarse el artículo 80 de la Constitución, que no distingue entre leyes anteriores y leyes posteriores a la propia Carta Fundamental, ni tampoco respecto de los distintos tipos de leyes.

En suma, podríamos decir:

1. Que las normas sobre materia orgánico constitucionales y de quórum calificado contrarias a la Constitución y anteriores a ella pueden ser declaradas derogadas por los jueces de la causa y en la especie hay mandato expreso de la Constitución.

2. Que las normas comunes anteriores a la Constitución y contrarias a ella, también pueden los jueces de la causa declararlas derogadas por la Ley Fundamental, aplicando las reglas generales de derecho de derogación de la ley y el principio de la supremacía constitucional.

3. Que lo anterior no obsta a que no habiéndose producido la declaración de derogación por los jueces de la causa, la Corte

Suprema, en virtud del artículo 80 de la Constitución, que no distingue entre leyes anteriores y leyes posteriores a la Constitución y entre los distintos tipos de leyes, pueda declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal anterior a la Constitución y contrario a ella.

Sustenta esta última afirmación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha sostenido que siempre debe estarse a la interpretación que permita la aplicación de una norma constitucional sobre aquella que la impida (Rol. N° 33).