



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO PÚBLICO: TRANSPARENCIA, REGULACIONES Y CONTROL

**DEROGACIÓN TÁCITA DEL ARTÍCULO 76 DEL DECRETO LEY
1.094, DE 1975, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, EN RELACIÓN A
EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACIÓN
MIGRATORIA IRREGULAR Y DESEAN CONTRAER MATRIMONIO
CIVIL EN CHILE**

RODRIGO JAVIER LLAMBÍAS LASCAR

Tesina presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado académico de Magíster en Derecho Público: Transparencia,
Regulaciones y Control

Profesor Guía: Julio Rojas Chamaca.

Santiago, Chile

2019

INDICE

Introducción	1
Análisis del Decreto Ley N° 1.094, del año 1995, del Ministerio del interior y postura del Servicio de Registro Civil e Identificación	3
Requisitos para contraer matrimonio en Chile. Existen requisitos adicionales para el caso de los extranjeros	5
Convención Americana de los Derechos Humanos	6
Dictamen de la Contraloría General de la República.....	7
Estadísticas y jurisprudencia al caso en concreto	9
Derogación tácita de preceptos preconstitucionales o inaplicabilidad por inconstitucional de un precepto legal	15
Órgano encargado de declarar la derogación tácita o la inaplicabilidad	19
Resultados de la investigación	22
Conclusión.....	24
Bibliografía.....	26

INTRODUCCIÓN

El artículo 76 del Decreto Ley N° 1094, del año 1975, del Ministerio del Interior, exige que en el caso que los extranjeros tramiten asuntos ante servicios y organismos del Estado o municipales, previamente deben cumplir con dos requisitos, el primero que comprueben su residencia legal en el país y el segundo que estén autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato. En cuanto al requisito que el extranjero debe comprobar su residencia legal en el país, resulta que cuando concurren al Servicio de Registro Civil e Identificación a solicitar día y hora para contraer matrimonio civil, previamente se les exige que acrediten su situación migratoria regular, lo que en muchos casos no les resulta posible, prohibiéndoles de esta forma acceder a contraer matrimonio. En consecuencia, de inmediato nos surge la pregunta sobre si ¿es procedente que el Servicio de Registro Civil e Identificación deniegue la posibilidad de contraer matrimonio a un extranjero que está en situación migratoria irregular de acuerdo al artículo 76 del D.L. N° 1094, de 1975, del Ministerio del Interior?.

Resulta relevante esta pregunta dado que el contenido de esta norma en la actualidad no se ajusta plenamente al contenido de la Constitución posterior sobre la igualdad de las personas y de los Tratados Internacionales, en particular la Convención Americana que estima que el matrimonio entre un hombre y una mujer es un derecho fundamental. Entonces, naturalmente surgen otras preguntas: ¿está vigente la mencionada norma?, ¿cuál es su relación con la Constitución posterior?, ¿es un caso de inconstitucionalidad sobrevenida o de derogación tácita?, ¿qué tribunal debe pronunciarse sobre este conflicto?, ¿qué criterios de solución de conflictos normativos debe aplicarse?. En virtud de lo expuesto, cabe señalar que en nuestra legislación no existe norma alguna que nos precise el órgano que tiene la competencia exclusiva para resolver los conflictos que se produzcan entre una ley anterior y una Constitución Política posterior o reformada. Es por ello que frente a esta antinomia o contradicción se dilucidará si los Tribunales Ordinarios de Justicia pueden declarar la derogación tácita de una ley preconstitucional, principalmente por aplicación del artículo 76 de la

Constitución Política de la República que les otorga la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, lo que se traduciría en aplicar el derecho vigente o por el contrario, si correspondería al Tribunal Constitucional, en razón del control de constitucionalidad que le compete declarar la inconstitucional de estas leyes preconstitucionales.

De esta manera, se analizará el sistema de solución de conflictos normativos a fin de resolver la incompatibilidad existente entre una ley anterior y una Constitución Política posterior o reformada, ya sea aplicando el criterio jerárquico, en cuyo caso estaríamos frente a la inaplicabilidad por inconstitucional o la inconstitucionalidad de la norma, o bien, el criterio cronológico, caso en el cual nos encontraríamos en el área de la derogación tácita.

Para ello, analizaremos el artículo 76 del Decreto Ley N° 1094, del año 1975, del Ministerio del Interior y la aplicación que de este artículo le ha dado el Servicio de Registro Civil e Identificación en relación a extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular y desean contraer matrimonio en Chile, artículo que a mi parecer se encuentra derogado tácitamente por los argumentos que se expondrán en esta tesina. Posteriormente, se expondrá respecto del dictamen emitido por la Contraloría General de la República que vino a dilucidar el problema anteriormente planteado, postura que este autor comparte debido a que el aludido dictamen recoge los fundamentos expuestos por las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en relación a la procedencia y facultad que detentan los Tribunales Ordinarios de Justicia para declarar derogado tácitamente un precepto preconstitucional. Asimismo se analizará la jurisprudencia judicial sobre la materia para finalizar con un análisis de la derogación tácita y de la inaplicabilidad de un precepto legal.

ANÁLISIS DEL DECRETO LEY N° 1094, DEL AÑO 1975, DEL MINISTERIO DEL INTERIOR Y POSTURA DEL SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN

El Decreto Ley N° 1094, del año 1975, del Ministerio del Interior, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, señala en su artículo 76 lo siguiente: *“Los servicios y organismos del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato”*.

En razón de la norma citada, es que el Servicio de Registro Civil e Identificación, en adelante Servicio, cada vez que concurre una persona extranjera a solicitar día y hora para contraer matrimonio, les exige a los contrayentes que previamente acrediten su situación migratoria regular en el país, hecho que en la mayoría de los casos no es posible acreditar por estas personas extranjeras, quienes se encuentran en situación migratoria irregular o en tramitación de su regularización.

En consecuencia, el Servicio de Registro Civil e Identificación, les exige a los contrayentes extranjeros que acrediten su situación migratoria mediante la exhibición de sus cédulas de identidad para extranjeros o del pasaporte emitido en su país de origen, de donde se extraerá el nombre de la persona y certificado de inscripción o de vigencia del Registro de Extranjeros a cargo de la Policía de Investigaciones de Chile.

Por su parte, el Servicio argumenta que los matrimonios celebrados en Chile, tanto entre chilenos o entre un chileno y extranjero o entre extranjeros, se le aplican los requisitos generales establecidos en el Código Civil, atendido lo señalado en el artículo 14 del Código Civil que señala que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. En cuanto a los requisitos generales para contraer matrimonio, indica que se aplican los artículos 102 y siguientes del Código Civil, y asimismo, en cuanto a los requisitos de validez

del matrimonio, se aplican los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley N° 19.947, Nueva Ley de Matrimonio Civil.

En razón de lo explicado precedentemente, el Servicio además fundamenta su actuar en que su Dirección General mediante Circular N° 5/96, de 14 de febrero de 1996, instruyó que de acuerdo al artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975, en casos de extranjeros en Chile que concurran con sus documentos de identidad vencidos a solicitar actuaciones tales como celebración de matrimonio, no pueden gestionar ningún trámite ante ese Servicio, sin que previamente regularicen su residencia legal, encontrándose exceptuado de lo anterior, sólo el requerimiento de inscripción de nacimiento.

Además, argumenta el Servicio que la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, es la que limita y establece que el extranjero para residir en el país, debe hallarse legalmente en el territorio con sujeción a las disposiciones legales, al establecer dicha Convención en su artículo 22 que “Derecho de Circulación y Residencia”, en su N° 1 *“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”*. En consecuencia, esta norma vendría a obligar a los extranjeros a residir legalmente en el país con sujeción a las disposiciones legales, y por lo tanto, al existir normas vigentes expresas, el Servicio sólo podría acceder a celebrar matrimonios de extranjeros sólo cuando los contrayentes hayan cumplido con las disposiciones que regulan la residencia de conformidad a lo establecido por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública conjuntamente con las normas para celebrar matrimonios y el dictamen mencionado anteriormente.

En síntesis, el Servicio sostenía la postura que no podía autorizar la celebración de un matrimonio si uno o ambos contrayentes se encuentran indocumentados o residiendo en forma ilegal en el país, ya que previamente deberían regularizar su situación en el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública o en la respectiva Gobernación Provincial.

REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO EN CHILE. EXISTEN REQUISITOS ADICIONALES PARA EL CASO DE LOS EXTRANJEROS

Que, en este dilema, se hace necesario recurrir a la legislación que regula la celebración de este contrato en Chile, integrada por el Código Civil, la Ley N°19.947, de Matrimonio Civil y la Ley N°4.808, sobre Registro Civil e Identificación, de cuyo examen es posible concluir, en primer término: a) Que la ley no hace diferencias entre el nacional y el extranjero; b) Que se establecen requisitos generales en el artículo 102 del Código Civil; c) que las únicas exigencias para la celebración de un matrimonio civil válido, consisten en que los contrayentes no se encuentren afectos a los impedimentos y/o prohibiciones que se enumeran taxativamente en los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 de la Ley N°19.947; y, que los comparecientes acrediten su identidad en los términos del artículo 12 numeral tercero de la Ley N°4.808.

Que, resulta necesario tener presente, que conforme lo prevenido en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y esta misma noción se ha plasmado en el artículo 1° de la Ley N°19.947, que considera al matrimonio, la base principal de la familia, elevando la facultad de contraer matrimonio al de un derecho esencial, según se lee en el artículo 2 de la ley, constituyéndose entonces, como un deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de la familia y promover el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, evitando dificultar o embarazar tal decisión.

En consecuencia, si bien la ley de matrimonio civil exige que los contrayentes acrediten su identidad y que no tengan impedimentos o prohibiciones, señalando la forma de acreditar tales exigencias, nada dice en relación con la exigencia de tener que acreditar la residencia legal en el país.

CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo 5 de la Constitución Política establece como limitación al ejercicio de la soberanía el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, debiendo el Estado respetar y promover los derechos garantizados en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En relación a lo expuesto, la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 17 señala que la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y que las condiciones para contraer matrimonio establecidas por las leyes internas no pueden afectar el principio de no discriminación.

En síntesis, las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que se encuentre en Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho. En contraposición a lo expuesto en la norma legal, indirectamente y por vía interpretativa, la autoridad administrativa ha impedido el ejercicio del derecho a contraer matrimonio a los ciudadanos extranjeros por carecer de residencia legal en Chile.

DICTAMEN CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Recientemente con fecha 7 de agosto de 2018, a petición del Servicio la Contraloría General de la República, emitió el Dictamen N° 19.811, estableciendo que:

“Si bien el artículo 76 del decreto ley N° 1.094, de 1975 -al que alude el servicio en su presentación y que establece normas sobre extranjeros en Chile-, dispone que los servicios y organismos del Estado o municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato, en la actualidad ello no puede entenderse como una limitación a los derechos a contraer matrimonio o adoptar un acuerdo de unión civil.

Lo anterior, toda vez que las normas que actualmente regulan el contrato de matrimonio y el acuerdo de unión civil, reconocen a todas las personas -salvo las excepciones que establecen expresamente esos cuerpos legales- el derecho a celebrar tales convenciones, sin establecer al respecto condiciones de ningún tipo ni requisitos de extranjería.

De este modo, considerando que las mencionadas preceptivas que reconocen el derecho a contraer matrimonio y celebrar acuerdos de unión civil son de una data posterior al citado decreto ley y tienen, además, carácter especial, necesariamente aquéllas deben prevalecer ante las normas que sobre la materia contiene este último”.

Agrega que “En consecuencia, atendidas las consideraciones expresadas, cumple señalar que los oficiales del SRCel, deben proceder a autorizar la celebración de matrimonios o acuerdos de unión civil en los términos antes expresados.

Por último, en cuanto a la exigencia de que el extranjero contrayente cuente con un determinado documento de identificación para acceder a la celebración de los contratos de que se trata, cabe indicar que el respectivo oficial del registro civil, en su calidad de ministro de fe, se encuentra en la obligación de verificar la

identidad de los contrayentes, a través de la correspondiente documentación de que disponga el interesado, a fin de comprobar la concurrencia del requisito del libre y pleno consentimiento de aquéllos, en conformidad con los artículos 8° de las leyes N°s. 19.947 y 20.830”.

En consecuencia, el referido dictamen viene en reconocer que las normas sobre celebración y acuerdos de unión civil son de fecha posterior al Decreto Ley N° 1094 de 1975 del Ministerio del Interior y sumado el carácter especial de estas normas, éstas han de prevalecer sobre los requisitos establecidos en el referido Decreto. De esta forma, el Oficial Civil del Registro Civil en su calidad de ministro de fe, sólo tiene la obligación de verificar la identidad de los contrayentes a través de la documentación que disponga el interesado sin exigirles que acrediten su situación migratoria en el país.

En virtud de lo señalado precedentemente, es posible apreciar como la Contraloría General de la República ha recogido lo que hasta la fecha han venido sosteniendo tanto las Cortes de Apelaciones como la Corte Suprema al conocer de los recursos de protección interpuestos sobre la materia, los cuales serán analizados a continuación.

ESTADÍSTICAS Y JURISPRUDENCIA AL CASO EN CONCRETO

Debido al constante aumento de la población migrante que ha ingresado a nuestro país, cada vez resulta más frecuente la celebración de matrimonios entre un chileno y un extranjero o entre extranjeros.

Es por ello que para este trabajo se han recogido los datos estadísticos respecto de los recursos de protección interpuesto contra el Servicio por extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular y que desean contraer matrimonio en Chile, correspondientes a los años 2017 y 2018.

De esta forma, durante el año 2017 se presentaron contra el Servicio un total de 21 recursos de protección en relación a esta materia. De ellos, 15 recursos de protección fueron rechazados y 6 acogidos. En síntesis, del total de recursos interpuesto en el año 2017, un 71,42% fueron rechazados por las Cortes y un 28,57% fueron acogidos.¹

Por su parte, en el año 2018 se ingresaron contra el Servicio un total de 13 recursos de protección, resultando 9 rechazados por las Cortes y 4 acogidos, es decir, del total de recursos interpuestos durante el año 2018, un 69,23% fueron rechazados y un 30,76% acogidos.²

Cabe destacar que durante el año 2018 se mantiene la tendencia que las Cortes mayoritariamente han tendido a rechazar este tipo de recursos.

Ahora bien, antes de proceder a analizar la jurisprudencia actualmente existente sobre la materia cabe precisar que quienes han recurrido de protección argumentan principalmente que la negativa a la celebración de matrimonio por parte del Servicio constituye una vulneración a las garantías constitucionales establecidas en nuestra Constitución Política en el artículo 19 N° 2 y 4, esto es, el derecho de igualdad ante la ley y la protección a la vida privada y a la honra de la

¹ SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, Subdirección Jurídica, Unidad Judicial, Datos estadísticos año 2017.

² SERVICIO DE REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN, Subdirección Jurídica, Unidad Judicial, Datos estadísticos año 2018.

persona y su familia y que no se ven afectados por impedimentos ni prohibiciones para contraer matrimonio establecidos en la Ley de Matrimonio Civil. Asimismo, agregan que la facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial de la persona establecido tanto en nuestra legislación como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y en consecuencia la situación migratoria no puede condicionar el ejercicio de los derechos esenciales.

En relación a los datos estadísticos enunciados precedentemente, a continuación analizaremos la jurisprudencia que nos ha dejado la interposición de estos recursos señalando los argumentos que han tenido las Cortes tanto para rechazarlos como acogerlos.

a) Fundamentos de las Cortes que rechazan los recursos:

Los principales fundamentos que han tenido las Cortes para rechazar los recursos de protección interpuestos por extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular y que desean contraer matrimonio en Chile son:

La negativa del Servicio a otorgar hora para contraer matrimonio a extranjeros que se encuentren en situación irregular no afecta el derecho de igualdad de la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, toda vez que no ha existido vulneración a este principio al aplicar a una persona el estatuto propio de todas aquellas que se encuentren en igual situación.

Por su parte, en relación a la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, esto es, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, no aparece que el Servicio se haya inmiscuido en la vida privada de los recurrentes ni que haya afectado su honra o la de sus familias.

En consecuencia, el Servicio da estricta observancia y cumplimiento al artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975, del Ministerio del Interior, que

establece Normas de Extranjeros en Chile. Así lo ha establecido la Corte de Apelaciones de Santiago al señalar *“Que, en este escenario, no cabe sino concluir que el Servicio de Registro Civil e Identificación no ha incurrido en ilegalidad o arbitrariedad alguna, sino que, por el contrario, se ha limitado a cumplir estrictamente con la norma transcrita en el motivo anterior que, se reitera, le impone el deber de requerir al extranjero que tramita ante dicho servicio la acreditación de su residencia legal.*

*No es efectivo que la autoridad haya exigido el cumplimiento de requisitos que el legislador no ha previsto, pues si bien la Ley de Matrimonio Civil no contempla la exigencia que ha hecho el Registro Civil, es otro cuerpo legal de igual jerarquía, el citado Decreto Ley N° 1.094, el que en su artículo 76, como se vio, lo obliga a ello. La naturaleza eminentemente cautelar del recurso de protección obliga a esta Corte a restablecer el imperio del derecho ante actuaciones arbitrarias e ilegales, mas no permite cuestionar el mérito o la constitucionalidad de una norma legal. En el caso planteado en este recurso simplemente la ley -el artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094- obliga a la autoridad a exigir del extranjero que tramite ante un servicio determinado –en este caso el Registro Civil- demostrar su residencia legal, lo que no ha acontecido”.*³

b) Fundamentos de las Cortes que acogen los recursos:

En contraposición a lo indicado anteriormente, algunas Cortes han sostenido los siguientes fundamentos para acoger este tipo de recursos de protección, a saber:

Existe un derecho esencial de la persona humana, cual es contraer matrimonio, lo que se encuentra reconocido en nuestra legislación y en diversos tratados internacionales. En relación a lo expuesto, es posible señalar que la Corte de Apelaciones de Santiago a expuesto al respecto *“Que, resulta necesario tener presente, que conforme lo prevenido en el artículo 1º de la Constitución Política de*

³ Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Protección Rol N° 17.658-2018, 5 de abril de 2018.

*la República, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y esta misma noción se ha plasmado en el artículo 1° de la Ley 19.947, que considera al matrimonio, la base principal de la familia, elevando la facultad de contraer matrimonio al de un derecho esencial, según se lee en el artículo 2 de la ley, constituyéndose entonces, como un deber del Estado dar protección y propender al fortalecimiento de la familia y promover el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, evitando dificultar o embarazar tal decisión”.*⁴

Congruentemente con lo expuesto, la Corte Suprema a manifestado al respecto “*Que al estar determinado por la referencia expresa que se efectuó, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, al redactar el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, el cual ya se encontraba reconocido de igual forma en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyéndose en una de las formas en que se puede fundar una familia, la cual el Estado tiene el deber de proteger y fortalecer, sin que se pueda realizar legítimamente ninguna conducta que pretenda desconocerlo, no obstante, las acciones llevadas adelante por la autoridad administrativa ciertamente, en los hechos, desconocen esta garantía”.*⁵

Por otra parte, existe una vulneración a las garantías constitucionales, ya que principalmente implica una privación del ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 19 N° 2 y 4 de la Constitución Política de la República, esto es, la igualdad ante la ley y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. De esta manera, quienes han recurrido de protección han sido víctimas de una discriminación arbitraria ya que se les ha negado la opción de contraer matrimonio invocando un requisito no contemplado en la ley para ello. Así se les permite contraer matrimonio a los chilenos y extranjeros con residencia legal en el país y por otro lado existen extranjeros en situación migratoria irregular

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Protección Rol N° 46.441-2018, 2 de agosto de 2018.

⁵ Corte Suprema, Recurso de Apelación Rol N° 12.130-2018, 12 de julio de 2018.

a quienes no se les permite casarse, lo cual no tiene justificación alguna ya que el Servicio sólo le compete acreditar la identidad de los contrayentes y que se cumplan con los requisitos para contraer matrimonio. En consecuencia, al impedir la celebración del matrimonio se incurre en una discriminación arbitraria e ilegal, que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de nuestra Constitución y asimismo vulnera lo establecido el numeral 4 del mismo artículo, ya que la imposibilidad de celebrar matrimonio implica una desprotección a la vida privada y la familia directamente.

Como último fundamento, cabe señalar que se estima que el artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094 de 1975, del Ministerio del Interior, se encontraría derogado tácitamente por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes y por las garantías constitucionales.

Lo anteriormente expuesto lo podemos encontrar ratificado por la Corte Suprema al señalar *“Que, en relación a la validez actual del Decreto Ley N° 1094, los tribunales ordinarios tienen competencia para definir la vigencia de un precepto legal, puesto que tratándose de una norma constitucional posterior pueden recurrir al criterio temporal para resolverlo, conforme al principio que ante una antinomia o contradicción entre normas jurídicas, debe tenerse presente que una: Ley posterior deroga a la ley anterior, si versan sobre la misma materia”*.⁶

Por último, y en relación al análisis jurisprudencial sobre la materia, cabe señalar que existen dos fallos dictados por la Corte Suprema que se pronuncian sobre la atribución del Tribunal Constitucional de declarar inaplicable un precepto legal. El primero de ellos lo encontramos en el voto minoritario de la Ministra María Eugenia Sandoval G. y del Abogado Integrante Ricardo Abuauad D., quienes luego de referirse al artículo 93 de la Constitución Política de la República, señalan que *“En estos autos no consta que los recurrentes hayan planteado ante ese Tribunal la inaplicabilidad del artículo 76 del D.L. N° 1.094, cuestión que tampoco*

⁶ Corte Suprema, Recurso de Apelación Rol N° 6109-2018, 26 de noviembre de 2018.

integró el análisis de la Corte de Apelaciones ni de esta Corte”⁷, y en el segundo fallo, se logró revocar la sentencia apelada dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago rechazando el recurso de protección con el voto mayoritario de los Ministros María Eugenia Sandoval G. y Arturo Prado P. y del Abogado Integrante Diego Munita L., quienes señalan que “En estos autos no consta que el recurrente haya planteado ante el referido Tribunal la inaplicabilidad del artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094”.⁸

En virtud del presente análisis jurisprudencial, es posible apreciar y criticar la falta de uniformidad que han tenido las diversas Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema al resolver los recursos de protección en relación a esta materia, ya que en algunos casos han sido acogidos, otros rechazados e incluso en menores ocasiones se ha manifestado que procede plantear la inaplicabilidad del precepto legal ante el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, no obstante que las Cortes hayan fallado en uno u otro sentido, lo importante radica en que finalmente esta problemática fue resuelta por la Contraloría General de la República mediante la dictación del dictamen analizado con anterioridad, otorgando una aplicación uniforme y obligatoria para toda la Administración Pública.

En consecuencia, el dictamen de la Contraloría General de la República trajo como implicancia en el actuar del Servicio, que hoy en día procede a otorgar a los extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular, día y hora para contraer matrimonio, bastando para ello que solo acrediten su identidad con cualquier documento idóneo y vigente pero sin exigirles que acrediten su situación migratoria regular en el país. En virtud de lo expuesto, es que desde la dictación del dictamen hasta el día de hoy, no se han presentado en relación a esta materia recurso de protección alguno en contra del Servicio.

⁷ Corte Suprema, Recurso de Apelación Rol N° 20502-2018, 10 de diciembre de 2018.

⁸ Corte Suprema, Recurso de Apelación Rol N° 15230-2018, 6 de septiembre de 2018.

DEROGACIÓN TÁCITA DE PRECEPTOS PRECONSTITUCIONALES O INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONAL DE UN PRECEPTO LEGAL

Antiguamente el problema planteado no requería ser materia de mayor análisis, toda vez que la Constitución Política de la República del año 1925, entregaba a la Corte Suprema la competencia para conocer de la acción de inaplicabilidad de una disposición legal por ser contraria a la Constitución. Sin embargo, la reforma constitucional introducida por la Ley N°20.050, de 26 de agosto de 2005, traslada esta atribución al Tribunal Constitucional, entregándole la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. De esta forma, si bien la aludida reforma constitucional entrega esta facultad al Tribunal Constitucional, no señala nada en relación a leyes dictadas con anterioridad a la reforma y que se encuentren en oposición a las actuales normas constitucionales. En consecuencia, se presenta el problema de leyes inconformes con una Constitución posterior, por lo que habrá que determinar si estas leyes pierden su vigencia (caso en el cual estaríamos frente a la derogación tácita) o son inválidas (situación que acarrearía la inconstitucionalidad sobrevenida), en cuyo caso el problema planteado podría ser resuelto por los tribunales ordinarios, por el Tribunal Constitucional o por ambos.

Al respecto, cabe señalar que los sistemas jurídicos se caracterizan por ser dinámicos, no existe uno pleno, van ingresando y saliendo normas del sistema, y una ley promulgada y publicada en una época y período determinado después puede ser incompatible con una Constitución nueva o reformada. De esta forma *“Suele decirse que los sistemas normativos jurídicos son sistemas dinámicos, y lo son sin duda en el sentido de que contienen normas que habilitan a ciertas personas para que, siguiendo ciertos procedimientos, creen normas válidas en el sistema”*.⁹

⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. Las normas derogadas validez, vigencia, aplicabilidad. Revista Derecho Privado y Constitución, Madrid, España, (17): 226, Ene-dic. 2003.

La derogación se define como la cesación de vigencia de una norma por otra posterior que la reemplaza. En el caso de la derogación expresa esta no produce problema alguno, ya que la situación es zanjada por el mismo legislador normalmente mediante la dictación de artículos transitorios que facilitan el cambio de legislación con efectos generales y ex nunc. En cambio, en el caso de la derogación tácita esta sí nos presenta un problema, caso en el cual a efecto de ser solucionada esta problemática tendrá que aplicarse el sistema de solución cronológico, es decir, aquel en que la ley posterior prevalece sobre la anterior, produciendo en consecuencia, el efecto de pérdida de vigencia de la norma por la incompatibilidad con otro de la misma jerarquía, teniendo por tanto un efecto ex nunc o pro futuro. De esta forma, *“La Constitución, como cualquier otra norma jurídica, deroga a las anteriores, de igual o inferior rango, que la contradigan, y ello ocurre así por aplicación del principio de lex posterior, sin necesidad de que exista en la Constitución una cláusula derogatoria expresa”*¹⁰ y en consecuencia *“el intérprete autorizado para resolver tal antinomia será la jurisdicción ordinaria, ya que a ella corresponde la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses aplicando el derecho vigente en el ordenamiento jurídico”*¹¹.

En virtud de lo expuesto, cabe señalar que recibe plena aplicación el principio iura novit curia, es decir, que el juez conoce el derecho, por lo que al juez le corresponde revisar y valorar si la norma está o no vigente. Entonces la derogación claramente es una manifestación de este principio y pensar lo contrario significaría limitar este principio.

Por otra parte, en relación a la acción de inaplicabilidad por inconstitucional, ésta tiene por objeto determinar si un precepto legal aplicable a un caso en

¹⁰ ARAGÓN REYES, Manuel. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, España: 188, ene-abr 1981.

¹¹ ROJAS CHAMACA, Julio César. La derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria; análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005. Santiago, Chile: Editorial Metropolitana, 2013, 32 p.

concreto se encuentra o no en contradicción a lo estipulado en la Constitución Política, reconociendo la supremacía normativa de la Constitución Política aplicándose de esta forma el sistema de solución jerárquico.

Por mandato constitucional, más precisamente por el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política, esta facultad recae en el Tribunal Constitucional, en cuyo caso de acogerse una acción de inaplicabilidad significa que para un caso en concreto se excluye la aplicación de ese precepto legal, sin que ello signifique que pierda su vigencia y pueda ser aplicada en otros casos, es decir, la inaplicabilidad dice relación con la invalidez de la norma pero no así con su vigencia.

En consecuencia, *“El objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucional es identificar si la posible aplicación de un precepto legal en un caso concreto produce o no efectos contrarios a la Constitución, a fin de evitar el resultado irregular que significaría dicha aplicación al reconocer a la Constitución supremacía normativa”*.¹²

En virtud de lo expuesto, es posible indicar las siguientes diferencias entre la derogación tácita y la inaplicabilidad¹³:

1° En el caso de la derogación tácita el juez no aplicará al caso en concreto la norma legal que se contrapone a la norma constitucional posterior porque ésta ha perdido su vigencia. En cambio, cuando es declarada la inaplicabilidad sobreviniente se excluye la aplicabilidad de la norma legal que se transformó en inconstitucional pero la norma mantiene su vigencia pudiendo aplicarse a otros casos, en definitiva, lo que ocurre es que la norma pierde su validez.

2° Tanto en la derogación tácita como en la inaplicabilidad, el efecto que se produce es de efectos relativos y sólo podría llegar a producirse un efecto general

¹² HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, ¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales preconstitucionales?, Revista Estudios Constitucionales, Talca, Chile, (1): 310, 2017.

¹³ GUASTINI, Ricardo. Estudios de teoría constitucional. Ciudad de México, México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001. 62 p.

con efectos ex nunc cuando se declare la inconstitucionalidad de la norma de conformidad a lo establecido en el artículo 93 N° 7 de la Constitución Política de la República.

3° La derogación tácita se produce por un cambio de legislación la cual debe ser declarada por el juez que conoce de la causa. Por su parte, la inaplicabilidad es producto que la norma legal se contradice con la Constitución Política, pudiendo ser solicitada por las partes del juicio o por el juez de la causa, debiendo ser declarada por el Tribunal Constitucional.

4° La derogación tácita es producto de un control normativo donde estaremos frente a un precepto legal incompatible con la norma constitucional posterior. En cambio, la inaplicabilidad corresponde a un control de aplicación de la norma legal que en el caso en concreto la norma legal produce efectos contrarios a la Constitución Política.

ÓRGANO ENCARGADO DE DECLARAR LA DEROGACIÓN TÁCITA O LA INAPLICABILIDAD

En este apartado se analizará si la invalidación de leyes posteriores corresponde a una función exclusiva del Tribunal Constitucional o la declaración de derogación de leyes posteriores corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Al respecto, cabe señalar que en Alemania el mismo Tribunal Constitucional resolvió esta interrogante, al resolver que las leyes anteriores a la Constitución no son de su competencia sino de los Tribunales Ordinarios. Lo anterior se debe a que ni su Constitución ni la Ley del Tribunal Constitucional niegan esta facultad a los Tribunales Ordinarios e incluso ellos tienen la facultad de plantear al Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de una determinada norma. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no es el único que interpreta la Constitución sino sólo le compete declarar la invalidez constitucional de leyes. Así, *“El Tribunal Constitucional alemán, apoyándose, pues, en la distinción entre invalidación y derogación, proclama el monopolio de la jurisdicción constitucional para controlar la invalidez de la ley y la competencia de la jurisdicción ordinaria para apreciar su derogación, competencia esta última que es exclusiva”*.¹⁴

En contraposición a lo expuesto, el Tribunal Constitucional italiano se arrogó la competencia para controlar la ley anterior a la Constitución, privando de esta facultad a los Tribunales Ordinarios. Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad y derogación son de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y éste apreciará la invalidez constitucional sobrevenida de la ley anterior, que estiman como requisito para declararla como derogada.

Lo resuelto por el Tribunal Constitucional italiano puede ser criticado en el sentido que plantea un conflicto entre una ley superior y una ley subordinada pero no entre una ley posterior y una ley anterior.

Ahora bien, no obstante de las diferentes soluciones sobre la materia adoptadas por Alemania e Italia, es posible indicar que en España el Tribunal

¹⁴ ARAGÓN, Manuel, Op. Cit p. 191.

Constitucional y la jurisdicción ordinaria comparten la competencia para declarar la derogación tácita o la inconstitucionalidad, por lo que adoptan un sistema híbrido con competencia concurrente.

Por su parte, en nuestra legislación se podría estimar que es una competencia compartida entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales Ordinarios, ya que es posible estar frente a casos de derogación como de inaplicabilidad. Para sostener esto, se debe tener presente que la Constitución por ser una ley de rango superior impone un criterio jerárquico y al ser posterior a la norma legal impone un criterio temporal, en consecuencia podríamos estar en presencia de una inconstitucionalidad sobrevenida lo que acarrea la invalidez de la norma y por otro lado podemos estar frente a una pérdida de vigencia de la norma, en cuyo caso estaríamos en el ámbito de la derogación. Además, cabe agregar al respecto que *“mientras que en otros sistemas el otorgamiento de una competencia de este tipo al órgano de jurisdicción constitucional es imperativa para el tribunal que considera que existe una contradicción entre la Constitución y un precepto infraconstitucional, en el caso chileno no existe dicho imperativo”*¹⁵. En consecuencia, *“En Chile, la cuestión sobre la competencia de los tribunales de justicia para resolver el conflicto entre una ley anterior y la Constitución posterior está abierta: no existe ninguna norma expresa sobre la materia...”*¹⁶, existiendo por tanto *“...una clara superposición de competencias entre la judicatura ordinaria y la judicatura constitucional especial”*¹⁷.

¹⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho. Revista de derecho de la Pontificia de la Universidad Católica de Valparaíso: 450, 1° semestre de 2009.

¹⁶ SILVA IRARRÁZVAL, Luis Alejandro. La derogación tácita por inconstitucionalidad. Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. Con Héctor Enrique Alvear Villalobos, de 28 de septiembre de 2010, Rol 1018-09. Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile, (1): 308, 2011.

¹⁷ ÑÚÑEZ POBLETE, Manuel. Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad. Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile, (2): 204, 2012.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se puede llegar a presentar el problema que sobre un mismo asunto y al existir dos órganos encargados de pronunciarse sobre la aplicación de leyes preconstitucionales podrían ocurrir circunstancias en que sus resoluciones no tengan uniformidad como lo sería el caso que un Tribunal de Justicia declarara la derogación tácita de un precepto preconstitucional y sobre un mismo asunto el Tribunal Constitucional desestimaré un recurso de inaplicabilidad.

En consecuencia, podemos señalar a modo de crítica que al no existir normativa legal que resuelva esta discusión, claramente queda en evidencia una falta de comunicación entre las Cortes y el Tribunal Constitucional, ya que ni uno ni otro se ha manifestado sobre la competencia que detenta el otro órgano, a diferencia por ejemplo de lo acontecido en Alemania donde fue el mismo Tribunal Constitucional quien señaló que las leyes anteriores a la Constitución no son de su competencia sino de los Tribunales Ordinarios.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Frente a la interrogante planteada al comienzo de este trabajo, y no obstante que *“tanto la jurisdicción ordinaria como la constitucional, han justificado en diversas sentencias pronunciadas indistintamente por cada una de ellas, que poseen atribuciones para conocer de esta antinomia, en forma independiente y no preventiva o acumulativa”*¹⁸, es posible dar por acreditado que no existe norma expresa que arrogue la facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la antinomia o contradicción existente entre una ley anterior y una Constitución posterior o reformada, ya que la reforma constitucional del año 2005 nada dijo al respecto, y en consecuencia *“al predicarse que la Constitución es una norma jurídica vinculante para todos los órganos del Estado y, conforme a ello, posee la capacidad de derogar normas jurídicas anteriores de igual o inferior rango que la contradigan, corresponde la función de establecer el derecho aplicable en la solución de un conflicto de relevancia jurídica, a los Jueces y Tribunales Ordinarios”*¹⁹. En consecuencia, se ha logrado demostrar que los Tribunales de Justicia en su deber de aplicar la ley al caso en concreto que estén conociendo tienen la facultad de declarar la derogación tácita de un precepto preconstitucional.

Además, lo anteriormente expuesto tiene su fundamento en que *“la determinación de la vigencia de una ley es una operación distinta de la determinación de validez de una ley”*²⁰, y es por ello que los Tribunales de Justicia al declarar la derogación tácita no se están inmiscuyendo en el control de constitucionalidad, el cual se encuentra concentrado en un solo órgano, esto es, en el Tribunal Constitucional.

¹⁸ ROJAS CHAMACA, Julio César, Op. Cit. p. 78.

¹⁹ ROJAS CHAMACA, Julio César, Op. Cit. p. 74.

²⁰ SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro, Op. Cit p. 311.

Que esta postura que comparto, y como lo vimos al analizar los datos estadísticos y la jurisprudencia en relación a los recursos de protección interpuestos por extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular y que desean contraer matrimonio civil en Chile, ya ha sido recogida tanto por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, como asimismo, por la Contraloría General de la República mediante la dictación del dictamen analizado, cuyo cumplimiento pasa a ser obligatorio para la Administración del Estado.

Sin perjuicio de lo expuesto, estimo pertinente que debería existir una reforma legal que resuelva esta discusión y establezca en forma expresa y clara cuál es el órgano encargado de resolver la antinomia entre una norma anterior y una Constitución posterior o reformada.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto en la presente tesina hemos podido apreciar la evolución que ha tenido la aplicación del artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, del Ministerio del Interior, en relación a los extranjeros que se encuentran en situación migratoria irregular y que desean contraer matrimonio en Chile, donde el Servicio de Registro Civil e Identificación les negaba la celebración del matrimonio mientras los extranjeros no acrediten o regularicen su situación migratoria en el país.

Producto de esta problemática que surgió en la aplicación del referido artículo y en virtud de los recursos de protección interpuestos sobre la materia, fue posible analizar la jurisprudencia judicial lo que nos permitió apreciar como la Contraloría General de la República recogió esa jurisprudencia emanada tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema, pronunciándose mediante el Dictamen N° 19.811, de fecha 7 de agosto de 2018 sobre la derogación tácita del artículo 76 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, y en razón que la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República es obligatoria para los servicios públicos que constituyen la Administración del Estado, es que el Servicio se ve actualmente en la obligación de otorgar a los extranjeros que se encuentren en situación migratoria irregular día y hora para celebrar matrimonio.

Finalmente, del análisis efectuado de la derogación tácita y de la inaplicabilidad fue posible acreditar que estamos frente a dos órganos con competencia en la materia, esto es, por un lado los Tribunales de Justicia quienes tienen la facultad de declarar la derogación tácita y por otro el Tribunal Constitucional quien detenta la facultad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal. Lo anterior se debe a que nuestra legislación no precisa quien tiene la competencia absoluta para resolver los conflictos normativos entre una ley anterior y una Constitución Política posterior o reformada, lo que a su vez se fundamenta en que la derogación tácita y la inaplicabilidad presentan diferencias, ya que la primera dice relación con la vigencia de la norma y la segunda con su

validez, debiéndose aplicar criterios de solución distintos dependiendo de uno u otro caso.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALDUNATE LIZANA, Eduardo. La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho. Revista de derecho de la Pontificia de la Universidad Católica de Valparaíso, 1° semestre de 2009.
2. ARAGÓN REYES, Manuel. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, España, enero-abril 1981.
3. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. Las normas derogadas validez, vigencia, aplicabilidad. Revista Derecho Privado y Constitución, Madrid, España, febrero 2003.
4. GUASTINI, Ricardo. Estudios de teoría constitucional. Ciudad de México, México, 2001.
5. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam. ¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legales Preconstitucionales?. Revista Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, 2017.
6. HUERTA OCHOA, Carla. Conflictos normativos, Ciudad de México, México, 2003.
7. ÑÚÑEZ POBLETE, Manuel. Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad. Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile, 2012.

8. ROJAS CHAMACA, Julio César. La derogación tácita de preceptos preconstitucionales por la jurisdicción ordinaria; análisis jurisprudencial después de la reforma constitucional de 2005. Santiago, Chile, 2013.

9. SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro. La derogación tácita por inconstitucionalidad. Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. Con Héctor Enrique Alvear Villalobos, de 28 de septiembre de 2010, Rol 1018-09, Revista de de derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile, 2011.