Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 191
AÑO LX
ENERO - JUNIO
1992

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Doctrina de los Actos Propios o Estoppel, en *Rev. de Der.* t. 82 (1985), 1a. part. sec. der., págs. 33 y sgts.) y se aparenta a la doctrina anglosajona del *estoppel*. Está fundada en semejantes principios que la máxima *nemo auditur* y debería tener amplia aplicación entre nosotros, no sólo en materia administrativa sino también, y en especial, en derecho privado para atajar actuaciones procesales contradictorias con lo ya actuado, para detener al mandante que pretende contrariar actos del mandatario regulares, para el que ha actuado de un cierto modo en un contrato y luego pretende desconocer la realidad que creó; en suma, para llegar más allá de los límites de la doctrina de la apariencia o de la máxima *nemo auditur*. Se trata de una adecuada protección de la buena fe, si se dan sus supuestos (Sobre ellos, vid. F. Fueyo, op. cit. y la bibliografía citada por él).

3. CONFLICTO ENTRE LEY ANTERIOR A LA CONSTITUCION Y PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. LIMITES DE LA DEROGACION TACITA DE LEYES. CONFLICTO ENTRE NORMAS DE DIFERENTE JERARQUIA. RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. LEY DE CUENTAS CORRIENTES Y CHEQUES. LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION

DOCTRINA

La colisión entre un precepto legal anterior a la Constitución de 1980 y el texto constitucional, supuesto de existir, no plantea un problema de derogación tácita, sino de prevalencia del texto de rango superior, cuestión que ha de resolverse por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y no mediante la aplicación de las reglas de los arts. 52 y 53 del C. Civil. El artículo 52 inc. 3 del C. Civil hace referencia a la incompatibilidad entre dos leyes, en el sentido que el art. 1 de ese cuerpo legal da a la ley, como texto de rango inferior a la Constitución. No puede entonces entenderse que haya hecho referencia a disposiciones constitucionales, pues dicho Código es precisamente de nivel inferior a cualquier texto constitucional y su normativa dice relación con la derogación de normas de análogo rango.

El art. 80 de la Constitución no distingue entre leyes anteriores o posteriores a la Constitución, de modo que la C. Suprema puede declarar inaplicable por esa vía cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

El inc. 2 del art. 44 de la Ley de Cheques no es contrario al art. 19 Nº 7, letra e) de la Constitución en vigencia, porque se limita a establecer requisitos o modalidades para que el procesado por delito de giro de cheque sin fondos pueda obtener la libertad provisional. Implica señalar una cierta restricción a la libertad provisional, lo que está en perfecta armonía con la facultad que el art. 19 Nº 7 letra e) de la Constitución establece para el legislador. El giro doloso de cheque atenta en contra del patrimonio del portador, de modo que resulta comprensible la exigencia de una caución equivalente a su valor, pues es voluntad de la ley la confiabilidad de ese documento. Además ese delito desborda el ámbito del interés pecuniario particular del ofendido y la exigencia de una caución total vela

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

por mantener la confianza colectiva en que se basa el cheque y disuade a quienes podrían pretender infringir los preceptos que aseguran su seriedad, cumpliéndose así el mandato constitucional de garantizar a la sociedad, fin que está previsto en el art. 19 Nº 7 de la Constitución, cuando hace referencia a garantizar la seguridad del ofendido y de la sociedad. C. Suprema, 4 de septiembre 1992, recurso de inaplicabilidad rol 28.557.

COMENTARIO

La sentencia del pleno de la Exma. Corte vuelve sobre un problema que ha merecido dispares soluciones: el conflicto entre un precepto legal y uno constitucional; pero siendo aquél anterior a éste. ¿Existe en tal evento una derogación tácita del precepto legal anterior por incompatibilidad o contradicción? ¿Puede cualquier juez, ante tal oposición, prescindir de tal precepto y declararlo derogado? ¿Procede en ese supuesto el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad?

Estas preguntas han tenido respuestas muy diversas en nuestra jurisprudencia y en la doctrina. La sentencia que se comenta contiene una solución que, aunque no enteramente original, introduce con todo, al menos en el voto de mayoría, que es el que hemos resumido antes, una novedad, porque decide que en ese supuesto no sólo no hay derogación tácita, sino que la única vía para atacar la cuestión es la del recurso de inaplicabilidad.

Cabe advertir que este problema ha merecido la atención de varios estudios entre nosotros (Por ej. J. G. Verdugo B., *Las Normas Constitucionales y la Vigencia de la Legislación Preexistente* , Santiago 1971; L. Cea, "Notas sobre Inaplicabilidad y Derogación de Preceptos Contrarios a la Constitución en *Rev. Chilena de Der.*, vol. 13, Nº 1. enero-abril 1986, págs. 25 y sgts.; J. Precht Pizarro, "Derecho Material de Control Judicial en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: Derogación Tácita e Inaplicabilidad", en *Rev. de Der. y Jurisp.* t. 84 (1987), Primera Parte, págs. 87 y sgts., que contiene un acabado estudio al respecto).

No cabe aquí un examen detenido de la evolución habida en la materia; pero sí podemos reseñarla. Bajo el imperio de la Constitución de 1925, la Corte Suprema resolvió en alguna oportunidad que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad procede incluso respecto de preceptos legales *anteriores* al texto constitucional, porque éste no hace distinción alguna entre normas anteriores y reglas posteriores a la Constitución. (Así, en sentencia de C. Suprema 7 enero 1949. *Rev. de Der.* t. 46, sec. 1a. pág. 332). Sin embargo, hasta no hace mucho parecía casi admitida la tesis que, en presencia de una norma legal anterior a la Constitución y contraria a ésta, se producía una derogación tácita de la ley precedente, por incompatibilidad o contradicción, derogación que debía ser constatada por los jueces que conocían del asunto en que se pretendía aplicar la ley derogada, no procediendo por lo tanto el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. (Se había resuelto en numerosas ocasiones que el recurso de

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

inaplicabilidad exige que el precepto legal en que se basa sea *posterior* a la Constitución, porque si es anterior, no se trata de una cuestión propia de tal recurso, sino de un problema de derogación de leyes que corresponde estudiar a los jueces sentenciadores. Así, por ejemplo, C. Suprema, 29 de octubre de 1982, *Rev. de Der.* t. 79, sec. 5a. pág 176 y la nota que le acompaña cita cinco sentencias en el mismo sentido; 11 de diciembre 1984, *Rev. de Der.* t. 81, sec. 5a. pág. 215 dice que el recurso exige "por lógica que la ley sea posterior"; 31 de diciembre 1985, *Rev. de Der.* t. 82, sec. 5a. pág. 278; 31 de enero de 1986, *Rev. de Der.* t. 83, sec. 5a. pág. 7; 16 de enero 1987, *Rev. de Der.* t. 84, sec. 5a. pág. 14; 9 de junio 1987, *Rev. de Der.* t. 84, sec. 5a. pág. 134, etc...). Esa ha sido también la tesis uniforme del Fiscal de la Excma. Corte al informar sobre recursos en que surge la cuestión. Sin embargo, poco a poco se ha ido imponiendo la tesis que, sin perjuicio de que los jueces puedan constatar la derogación tácita de preceptos anteriores a la Constitución, nada impide que la Corte Suprema pueda *también* conocer de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos anteriores y declararlos inaplicables, tanto porque la Constitución al establecer el recurso de inaplicabilidad no hace diferencias entre preceptos legales anteriores y posteriores, cuanto porque puede ser útil y necesaria la declaración de inconstitucionalidad, por su mayor eficacia, ya que suprime cualquier problema de ultraactividad de la ley. Tal fue primero la tesis de votos disidentes. (Así, de los Ministros Srs. Retamal, Erbetta, Meersohn, Jordán y Zurita en sentencias de 31 de diciembre de 1985, 31 de enero de 1986, 16 de enero de 1987 ya citados), para pasar más tarde a ser la opinión mayoritaria en varias sentencias más recientes. (Así, se ha resuelto que tanto procede la inconstitucionalidad como la derogación, C. Suprema, 24 de agosto 1990, *Rev. de Der.* t. 87, sec. 4a. pág. 64 con votos en contra Srs. Maldonado, Faúndez y Dávila; en sentencia de 8 de junio de 1990, *Fallos del mes* Nº 379 se acoge la inaplicabilidad de preceptos del D.L. 2.695 sobre saneamiento de títulos de propiedad, pero se agrega que, además, esta legislación *Técnicamente* no es anterior a la vigente Constitución; sobre la misma materia, la sentencia de 10 de abril de 1992 insiste en la tesis que es posible declarar inaplicable un precepto legal precedente, como lo es el D.L. 2.695, *Rev. de Der.* t. 89, sec. 5a pág. 35, con votos en contra Srs. Cereceda, Faúndez, Dávila y Garrido que mantienen tesis de la derogación tácita, y el Sr. Alvarez aceptando la posibilidad de inaplicabilidad vota en contra por entender que el dicho D.L. no es contrario a la Constitución. En sentencia de 28 de enero de 1992, *Rev. de Der.* t. 89, sec. 5a. pág. 15, como nota al margen de la cuestión tratada en este comentario, no se acoge un recurso de inaplicabilidad en contra del D.L. 2.695 porque se pidió que se declarase su inconstitucionalidad, sin precisarse las disposiciones del mismo que, afectando al caso, debían tenerse por inaplicables; en sentencia de 28 de enero de 1992, *Rev. de Der.* t. 89, sec. 5a. pág. 4, se declara inaplicable el art. 43 del D.L. 3.063, con votos en contra Srs. Faúndez, Dávila y Araya; en sentencia de 16 de septiembre de 1992, no publicada a la fecha en que se redacta este comentario, la Corte Suprema declara inaplicable los arts. 559 inc. 2 y 561 del C. Civil en cuanto autorizan al Presidente de la República para

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cancelar una personalidad jurídica a una corporación y para señalar el destino de los bienes de la persona jurídica así extinguida). Con todo, la tesis hoy mayoritaria despierta en la propia Corte Suprema resistencia. (Así, votos en contra citados antes).

El argumento de la no distinción *(Ubi lex non distinguit)* no parece bastante como para fundar esa conclusión, desde que, por otra parte, deriva de una mínima lógica la derogación tácita de una regla anterior por la dictación de una posterior, principio lógico que encuentra cabida en el art. 52 del C. Civil. La cuestión no resulta así debidamente fundada en ese argumento de interpretación tan usual; pero tan peligroso por su apariencia lógica. Antes de aceptarlo es preciso determinar si, efectivamente, se hace o no distinción, para lo cual no bastará la mera lectura del precepto que establece el recurso de inaplicabilidad, sino en la Constitución toda, armonizando sus preceptos, dando cabida a todos sus principios de modo armónico y utilizando además la lógica para el examen del argumento mismo. Así, resulta curioso que las sentencias transcritas, si bien reconocen que en el caso de incompatibilidad entre ley anterior y Constitución posterior hay un problema de derogación que pueden constatar los jueces del fondo, *también* pueda declararse la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Si se admite que un precepto legal es derogado por la Constitución posterior no se ve cómo podría ese mismo precepto ser *también* inconstitucional, desde que es fundamental reconocer que una cosa no puede ser y no ser a la vez, perecer y existir al mismo tiempo. Como bien lo reconoce la sentencia de la Corte Suprema de 24 de junio de 1988 (C. Suprema, 24 junio 1988, *Rev. de Der.* t. 85, sec. 5a. pág. 113), "es contradictorio sostener que una ley está derogada y a la vez es inconstitucional, porque si está derogada no puede ser contraria a la Constitución y, como también lo han sostenido algunos de los disidentes de la doctrina actualmente mayoritaria, está dentro de los supuestos del recurso de inaplicabilidad, que sea necesaria la declaración de inconstitucionalidad, lo que supone un precepto existente, mas no uno que ya ha desaparecido.

Así, entonces, la cuestión debe ser resuelta teniendo en cuenta otro aspecto y que nos parece es el que se decide en la sentencia que comentamos. El problema no consiste en decidir en base al argumento de la no distinción si en el caso procede *también* el recurso de inaplicabilidad, sino más derechamente si verdaderamente se produce o no la derogación tácita en caso de incompatibilidad entre preceptos legales de diversa jerarquía. Es posible entender, como lo han sostenido algunos magistrados, con apoyo en alguna doctrina, que si existe un precepto legal anterior al texto constitucional e incompatible con éste, no se produce un problema de derogación, sino uno de prevalencia del texto de superior jerarquía. La derogación tácita sólo se produce entre textos de igual grado -ley con ley- pero no entre normas de jerarquía diversa. Ahora bien, la Constitución Política entrega la prevalencia del texto constitucional, sobre cualquier otro precepto legal, a las autoridades y procedimientos que ella establece privativamente. Esa prevalencia sólo puede determinarse sea por el control preventivo del Tribunal Constitucional, sea por el que corresponde a la Corte Suprema a tra-

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vés del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. No son pues los jueces del fondo los que puedan establecer esa prevalencia ni puede usarse para ello otros procedimientos que los reseñados.

Esta es la tesis que se contiene, a nuestro modo de ver, en la sentencia que comentamos y que parecería constituirse así en una que termina la evolución operada en la materia: primero, la admisión de la sola derogación tácita, cuestión propia de los jueces del fondo; luego la posibilidad de aplicar tanto esa derogación cuanto el recurso de inaplicabilidad; por último, el reconocimiento que la cuestión no envuelve una derogación, sino una de supremacía de la Constitución que sólo puede ser declarada por la Corte Suprema por medio del recurso de inaplicabilidad. Esta doctrina había sido sostenida, con anterioridad, en algunos votos disidentes; pero no había logrado convencer a una mayoría. (Así, votos del Sr. Valenzuela Somarriva, abogado integrante de la Excma. Corte, en sentencias de 26 de junio de 1991, *Fallos del Mes* 391, sent. 7, pág. 244, y de 23 de diciembre de 1991, *Rev. de Der.* t. 88, sec. 4a. pág. 129).

En favor de esta última tesis la sentencia acude, una vez más entre nosotros, a un argumento interpretativo que cada vez pierde prestigio: el uso mecánico de la letra en una aparente claridad. El art. 52 del C. Civil, que establece la derogación tácita, se refiere sólo a la derogación tácita de una ley por otra, habiéndose definido en el art. 1 lo que ha de entenderse por ley, es decir, precepto inferior en jerarquía a la Constitución. En realidad, el argumento no dice mucho y prueba poco. Si el art. 52 del C. Civil establece que una ley posterior deroga a una anterior tácitamente, no es *porque se trate de preceptos de igual jerarquía* sino *porque hay incompatibilidad entre ellos* . La cuestión a decidir es si esa consecuencia, que deriva de la simple lógica, ha de regir no sólo entre preceptos de igual jerarquía, donde la conclusión es obvia, sino *también* entre preceptos de diversa jerarquía, para hacer prevalecer el posterior de mayor grado.

Una visión meramente lógica parece conducir a aceptar que si, por incompatibilidad, se hace prevalecer una norma de igual jerarquía posterior sobre la anterior, con mayor razón ha de producirse el mismo efecto si la norma posterior no sólo es incompatible, sino de superior jerarquía. Lo que se dice de lo que es igual ha de predicarse con mayor razón de lo que es superior. Más aún si en la derogación tácita ha existido clásicamente un fundamento voluntarista, en cuanto a aceptar que la emisión de voluntad posterior implica dejar sin efecto la anterior porque hay allí *un cambio de voluntad.* Es ése el principio que rige no sólo en el art. 52 del C. Civil para la voluntad del legislador, sino también en el art. 1215 para la voluntad testamentaria, de forma que se trata más bien de un *principio general de derecho* que de situaciones específicas.

En materia constitucional, ese principio tiene aún un apoyo en otro y que es el contenido en el art. 6 de la Constitución, que algunos califican de legalidad constitucional. (Sobre el cual, vid, J. Precht Pizarro, "El Principio de Legalidad". En Enfoque Administrativo Chileno y Comparado, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos,* U. Diego Portales, Nº 4, 1988; G. Fiamma Olivares, "Elementos Constitucionales del Principio de Legalidad en Chile", *Gaceta Jur.* Nº 84 (1987), pág. 10

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y sgts.). Este manda que toda autoridad, aun y en especial la jurisdiccional, ha de hacer prevalecer la norma constitucional, a la que queda subordinada por sobre cualquier otra. De este modo, existiendo oposición entre una ley existente y un nuevo texto constitucional, el juez -cualquier juez- ha de hacer prevalecer éste, porque a él está primeramente sujeto.

Pero esa tesis, de apariencia lógica, puede conducir, en la práctica, según los sostenedores de la tesis que acoge la sentencia que comentamos, a graves inconvenientes e inseguridades que lleguen a perturbar seriamente el orden jurídico. Entregar el control constitucional a cualquier juez puede parecer de enorme garantía para los ciudadanos. Sin embargo, ello significa también las colisiones entre interpretaciones dispares, soluciones diversas, según la judicatura que decide, imposibilidad de saber qué parte del ordenamiento queda vigente frente a un nuevo texto constitucional. Esta cuestión queda en evidencia muy particular cuando, como ha sucedido en Chile, entran a regir ya no nuevos preceptos constitucionales, sino una constitución íntegra que contiene numerosos -y notables- principios nuevos. Para no poner sino algunos ejemplos: ¿Habrá de entenderse vigente en la actualidad el sistema de filiación en cuanto contiene diferencias entre hijos legítimos y otros? ¿Y el sistema sucesoral, en cuanto discrimina entre la llamada familia legítima y la natural? ¿Y el sistema de bienes del matrimonio, en la medida en que desfavorece a la mujer y la priva de la administración? ¿O el régimen de bienes reservados del art. 150 del C. Civil, que sólo se establece en favor de la mujer? ¿Y el delito de adulterio en la forma prevista en el art. 375 del C. Penal? Todas esas instituciones, por no citar sino algunas, están en abierta contradicción con el art. 19 Nº 2 de la Constitución. ¿Entenderemos que cualquier juez, en cualquier litigio, podrá declarar que esas normas están derogadas? ¿Y cuáles existirían en su reemplazo mientras no se dicten otras de reemplazo? Bien dice un autor que "los juristas utilizan la lógica formal; pero sólo en cierta medida. Pues el derecho no tiene por fin establecer la *validez* de una proposición, sino de llegar a un cierto resultado en la búsqueda del cual entran argumentos de justicia y de oportunidad, la intención del legislador, la coherencia con otras soluciones, etc..." (Ph. Jestaz, *Le Droit,* 2a. edic., pág. 83, París 1992). No todo es lógica, si ésta no conduce a un buen fin. Un disidente en sentencias anteriores, que ha sido el principal propugnador de la tesis que en la sentencia que se comenta es mayoritaria, llegó a decir que "son principios generales de Derecho el que una regla de superior jerarquía no deroga a la anterior de menor jerarquía, sino que simplemente prevalece sobre ella, así como que la norma general no deroga tácitamente la norma especial" (Sr. Valenzuela Somarriva, votos disidentes citados antes).

Así pues, la doctrina de la sentencia que se comenta tiene alcances importantes, no sólo doctrinarios, sino prácticos, al limitar el control constitucional de una ley anterior a la Constitución al solo recurso de inaplicabilidad. Puede ser que se trate de un fallo excepcional y que no traiga nueva doctrina. Pero ésta está latente en él.

La tesis sin embargo nos parece discutible. Desde luego, la creemos con-

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

traría a la lógica, porque si un precepto legal es derogado por otro posterior de igual jerarquía, con mayor razón, según ya indicamos, debe quedarlo por otro posterior de mayor jerarquía. Y eso es especialmente claro en el caso que el precepto más reciente sea constitucional, porque de otro modo, la jerarquización de normas que, según aquella tesis hace prevalecer las de mayor grado, se hace teórica, ya que su imperio requiere de previa declaración por la Excma. Corte, manteniéndose en vigencia mientras tanto los textos inconciliables, a pesar que, por mandato del art. 6 de la Constitución, la fuerza superior que arranca de la Constitución ha de prevalecer siempre y de inmediato, para que el denominado principio de legalidad tenga sentido. Además, no vemos que exista, al menos en nuestro sistema jurídico, lo que uno de los sostenedores de aquella tesis denomina "principio general de Derecho", según el cual una regla de superior jerarquía no deroga a la anterior de menor jerarquía. Por el contrario, entendemos que la práctica ha sido muy distinta y antes bien, desde hace mucho tiempo, por ejemplo en presencia de un decreto o de un reglamento contrario a una ley, los jueces no se han sentido ligados por aquél y lo han declarado derechamente ilegal si es posterior o derogado si es anterior. El hecho que una ley general no derogue tácitamente a una especial nada prueba, porque la derogación no se produce porque en tal caso no hay verdaderamente incompatibilidad, desde que cada una tiene su propio ámbito de acción, pudiendo aplicarse cada una en el que le es propio.

Tampoco nos parece que la tesis que se comenta conduzca a una mayor seguridad jurídica o a una mejor armonía del ordenamiento. En efecto, como según ella, la norma legal anterior a la Constitución y contraria a ella sólo deja de aplicarse previa declaración de inconstitucionalidad, resultaría entonces que, atendido el carácter relativo de la declaración de inconstitucionalidad, se daría el caso que, para algunos litigantes, la norma no es aplicable; pero lo es para quienes no recurren de inconstitucionalidad, manteniéndose así una dualidad de ordenamientos que sólo conduce a mayor desorden e inseguridad. La tesis de la derogación tiene al menos tras de sí la fuerza normativa que implica, en el hecho, la doctrina jurisprudencial constante que, una vez formada, determina que todos los jueces, en la práctica, se inclinen ante ella en los futuros litigios.

En favor de la tesis que se comenta han podido esgrimirse a veces soluciones del derecho comparado. En esta materia, tal vez como en ninguna otra, ha de tenerse mucha cautela en usar de los ejemplos extranjeros, porque las tradiciones constitucionales y jurídicas pesan aquí más que en ninguna otra materia y la nuestra difiere en mucho de, por ejemplo, la francesa y más aún la alemana. Por lo demás, la tesis tradicional de la derogación tácita ha sido admitida y mantenida por autorizados doctrinadores. (Así, por ejemplo, E. Soto Kloss sostiene que están derogadas por incompatibilidad todas las normas que establezcan alguna función jurisdiccional que ejerzan órganos administrativos, la que puede ser declarada por los jueces del fondo. Vid. comentario en *Rev. de Der.* t. 88, sec. 5a., pág. 177, nota 3; J.L. Cea Egaña, "Notas sobre Inaplicabilidad y Derogación de Preceptos Contrarios a la Constitución", en *Rev. Chilena de Der.* vol. 13 N° 1, 1986, pág 29, quien cita la doctrina de E. Sayaqués Laso, para quien "las normas jurídicas

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

deben encuadrarse en el texto constitucional y si estuvieren en contradicción serán inconstitucionales o estarán derogadas, según que sean posteriores o anteriores a aquél", *Tratado de Der. Administrativo,* pág. 319, Montevideo, 1959).

Cabe advertir que resulta al menos curioso constatar que en numerosos fallos, también recientes, la Excma. Corte haya sostenido, a propósito del art. 163 letra f) del Código Tributario, que exige una caución de a lo menos del 30% de los tributos adeudados para obtener la libertad provisional en procesos por delito tributario, que tal precepto está derogado por el art. 19 Nº 7 de la Constitución, por ser incompatible con el derecho a la libertad condicional y que "aun cuando la cita del Nº 26 del art. 19 de la Carta Magna podría conducir a pensar en la necesidad de interponer un recurso de inaplicabilidad, no puede olvidarse que la contradicción entre el texto constitucional y el texto legal es severa" y que, por ende, se produce la derogación tácita que los jueces del fondo pueden constatar. (Así, C. Suprema, 23 de diciembre de 1990, *Rev. de Der.* t. 88, sec. 4a. pág. 129; *Fallos del Mes* 397, sent. 3, 776; 5 de agosto 1991, *Rev. de Der.* t. 88, sec. 4a. pág. 65, *Fallos del Mes* 393, sent. 1, pág. 385. Vid. además, sentencia del 11 de abril de 1991, *Fallos del Mes* 389, sent. 2, pág. 76).

No hemos querido extender este comentario al problema mismo discutido sobre la Ley de Cheques y la libertad provisional, pues nos ha parecido de mayor relevancia para el caso el aspecto a que nos hemos referido. Esta otra cuestión merece un estudio aparte, ya no para convencer sobre una u otra tesis: si procede o no la libertad bajo caución simple y si está o no derogado el art. 44 de la Ley de Cheques por el art. 19 Nº 7 de la Constitución. Nos parece que lo que ha venido ocurriendo al respecto, incluso ante la Excma. Corte, en nada prestigia a la labor judicial y revela, de nuevo, la necesidad que el más alto tribunal del país recupere su finalidad esencial, cual es la de uniformar la interpretación legislativa. Que unos procesados obtengan la libertad bajo caución simple si tienen la suerte o la habilidad de llegar hasta una sala (Por ej. los procesados de los casos resueltos en sentencias de la C. Suprema de 30 de julio de 1991, *Fallos del Mes* 392, sent. 4, pág. 326; de 2 de mayo de 1991, *Fallos del Mes* 390, sent. 4, pág. 130. La primera de esas sentencias sostiene que el art. 19 de la Constitución prevalece sobre el art. 44 de la Ley de Cheques, prevalencia que, sin embargo, no requirió en ese caso de recurso de inconstitucionalidad), o bien no puedan lograr ese derecho sin previa consignación del monto total del cheque protestado si su caso va a otra sala (Por ej. los mencionados en las sentencias de la Corte Suprema de 10 de septiembre de 1991, *Fallos del Mes* 394, sent. 5, pág. 474; 25 de junio de 1991, *Fallos del Mes* 391, sent. 7, pág. 244), es una anomalía que no admite explicación alguna ni en teoría ni en equidad. Se ha dado el caso, incluso, que una misma persona obtenga la libertad por un cheque; pero se la nieguen por otro, por haber correspondido resolver de la libertad a jueces diversos de una misma Corte. Sin ir más allá, por ahora, nos parece también que algo no funciona bien en un sistema jurídico, en que se es más exigente para conceder la libertad provisional por un cheque que por un delito contra las personas. Ninguna explicación podrá convencer que valores de menor rango tengan más garantías que

Artículo: Jurisprudencia comentada. 3. Conflicto entre ley anterior a la Constitución entre normas de diferente jerarquía. Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ley de Cuentas Corrientes y Cheques. Libertad provisional bajo caución
Revista: Nº191, año LX (En-Jun, 1992)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

otros fundamentales.

Ninguna explicación podría convencer tampoco, desde un punto de vista de mera razón, que para obtener la libertad provisional por el delito de giro de cheque sin provisión haya que consignar un monto igual al que, en definitiva, determina el sobreseimiento definitivo, al momento de pagarse (art. 22 Ley Cuentas Corrientes, Bancarias y cheques). Las fundamentaciones que se han dado para mantener esa norma -supuesto de no estar derogada- en cuanto al bien jurídico protegido por el delito no convencen, porque entonces no vemos qué caución debería ser exigible en delitos en que los bienes jurídicos defendidos son inmensamente superiores.

4. RECURSO DE PROTECCION. SU IMPROCEDENCIA EN CASO DE CONTROVERSIA DEL DOMINIO

DOCTRINA

El recurso de protección no es procedente en el caso en que ambas partes -recurrente y recurrido- pretenden dominio sobre un mismo bien. El tribunal, por la vía de este recurso, no puede internarse en una cuestión propia de otras acciones de lato conocimiento. El recurso de protección no puede prosperar si el derecho a la pretensión no resulta claramente establecido y ha de dilucidarse en el juicio que corresponda.

Sentencias de la Corte de Concepción, 28 de diciembre 1992, rol 8.917; 13 noviembre 1992, rol 8.801.

COMENTARIO

La doctrina que hemos resumido está contenida en varias sentencias recientes de la I. Corte de Concepción, las que se apoyan en un fallo también reciente de la Excma. Corte.

En todos los casos referidos se ha presentado una persona diciéndose dueño de un predio, para lo cual agrega sus títulos de dominio y demandando a la Corte la protección constitucional en contra de vías de hecho (cercamiento, explotación de bosques, etc...) de que es autor un tercero. En todos ellos, el recurrido se ha defendido pretextando que él dispone de títulos de dominio que justifican sus actos. Uniformemente, la Corte ha resuelto que, en esas condiciones, no cabe el recurso de protección, porque lo que hay allí es una cuestion de dominio propia de acciones ordinarias y no del amparo constitucional que brinda el recurso de protección.

La solución es defendible: para situaciones como aquéllas están las acciones posesorias, o la reivindicación. Pero tiene también sus dificultades.

Desde la aparición del recurso de protección, hace ya quince años, se había venido sentando la tesis que el recurrente no necesita un derecho indubitado para solicitar el amparo judicial. El recurso de protección tiene por objeto -se ha dicho- procurar evitar las vías de facto y mantener el *statu quo*. Una sentencia de la Excma. Corte, de 7 de julio de 1980 (*Rev. de Der.* t. 77, sec. 1a., pág. 53), dic-