

CAPÍTULO I

EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO Y SUS PRINCIPALES TRANSFORMACIONES

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE FUENTES DEL DERECHO

Es ciertamente complejo plantear un único concepto de "Fuentes del Derecho", esto por cuanto dicha expresión no designa un contenido claro e inequívoco¹. Con esta expresión se puede llamar tanto la fuente última del Derecho, como las fuerzas sociales y las causas sociales de producción de normas, como las categorías normativas a través de las cuales el Derecho se manifiesta.

A modo de ejemplo, la obra de Legaz y Lacambra enumera los distintos significados de Fuentes del Derecho: a) Fuentes del conocimiento de lo que es o ha sido el Derecho (por ejemplo, repertorios de legislación); b) Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (por ejemplo, la naturaleza humana); c) Autoridad creadora del Derecho (por ejemplo, el Estado o el pueblo); d) Acto concreto creador del Derecho (por ejemplo, la legislación o la costumbre); e) Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta del Derecho; f) Forma de manifestarse la norma jurídica (por ejemplo, ley, decreto supremo); g) Fundamento de validez de un derecho subjetivo².

Sin perjuicio de lo dicho, y para no desanimar al lector, cabe citar una serie de conocidas definiciones sobre "Fuentes del Derecho". Así, Bobbio puntualiza: "*Fuentes del Derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas*".³ Por su parte, Balaguer Callejón precisa: "*Las fuentes del Derecho son las categorías o tipos normativos, por medio de los cuales se manifiesta el proceso de producción y aplicación del Derecho, mediante la incorporación de normas jurídicas al ordenamiento*".⁴ En similar sentido,

¹ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, *Fuentes del Derecho. Principios del Ordenamiento Constitucional* (Madrid, 1991), p. 54.

² LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho* (Barcelona, 1979), p. 509.

³ BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho* (Bogotá, 1987), p. 158.

⁴ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, p. 63.

De Otto define: "Fuentes son los actos normativos, aquellos a los que el ordenamiento jurídico atribuye virtualidad de producir una norma jurídica".⁵

Pero más allá de lo reseñado y con el fin de delimitar el objeto de estudio, el significado que le atribuiré en este trabajo al término "Fuentes del Derecho" es aquel que enfatiza el proceso productor de normas jurídicas. Por ende, el análisis del tema que emprenderé versa sobre las distintas categorías normativas previstas en la Constitución Política de la República de Chile, los procesos de su producción y las relaciones que se originan entre sí.

II. LOS CONFLICTOS NORMATIVOS

A. Concepto, requisitos y tipos de conflictos normativos

El Derecho como un sistema de normas, es a la vez un sistema estático y dinámico. Por un lado, el sistema estático está formado por normas cuyo contenido depende de otras normas, generalmente de rango superior. El sistema estático es siempre igual a sí mismo. Por otro lado, en un sistema dinámico la pertenencia de una norma no viene dada por su contenido, sino por el hecho de que su producción se ha verificado de acuerdo con lo establecido por otra norma del sistema. El sistema dinámico se caracteriza porque cambia, se incorporan nuevas normas y se eliminan otras, por tanto en éste son concebibles las contradicciones normativas, dado que distintas autoridades habilitadas pueden dictar normas de contenido contradictorio⁶.

La concurrencia del criterio estático y del dinámico crea tensiones dentro del sistema jurídico, pues ocurre que algunas normas formuladas que se explican a partir del criterio dinámico no deberían existir a la luz del criterio estático, lo que genera antinomias.

Concentrados en las antinomias o conflictos normativos, se puede decir que aquéllos son inevitables en un ordenamiento jurídico por razón de su dinamismo y la diversidad de poderes normativos que coexisten en los ordenamientos complejos. En este caso, la solución al problema de las antinomias debe basarse en el estudio de los distintos principios o criterios que ordenan el Sistema de Fuentes y que determinan el Derecho aplicable.

Antes de analizar los distintos criterios que permiten solucionar los conflictos normativos, se hace necesario conceptualizar la expresión "conflicto normativo". En este punto hay que entender, siguiendo a Bobbio, que es aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra⁷.

⁵ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (Barcelona, 1988), p. 70.

⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho* (Madrid, 2008), p. 108.

⁷ BOBBIO, Norberto, pp. 201-202.

Los requisitos para que se produzca un conflicto normativo son básicamente tres: a) que se trate de dos normas (al menos) que contemplen comportamientos lógicamente incompatibles; b) que las dos normas (al menos) pertenezcan al mismo ordenamiento jurídico; c) que las dos normas (al menos) tengan el mismo ámbito de validez en su aplicación. En una norma pueden distinguirse cuatro ámbitos de validez: temporal, espacial, personal y material⁸.

Con relación al primer requisito, claramente el más complejo, corresponde decir que existen relaciones de incompatibilidad normativa cuando coinciden en el mismo ordenamiento jurídico y ámbito de aplicación: a) una norma que manda a hacer alguna cosa y una norma que prohíbe hacer esa misma cosa; b) una norma que manda hacer alguna cosa y otra que permite no hacer esa misma cosa; c) una norma que prohíbe hacer alguna cosa y otra que permite hacer esa misma cosa⁹.

Los tipos de conflictos normativos son: a) incompatibilidad absoluta o inconsistencia total-total, cuando en ningún caso una de las normas puede ser aplicada sin generar conflicto con la otra; b) superposición de reglas o inconsistencia parcial-parcial, cuando cada una de las normas tiene un campo de aplicación que entra en conflicto con el de la otra y, a su vez, un campo de aplicación dentro del cual el conflicto normativo no existe; c) inconsistencia entre la regla general y la particular o inconsistencia total-parcial, cuando una norma tiene un ámbito de validez en parte igual y en parte diferente a otra norma¹⁰. Los dos últimos son los más frecuentes.

B. Criterios de solución de los conflictos normativos. El criterio de jerarquía normativa

La resolución de los conflictos normativos se logra mediante la aplicación de distintos criterios, alguno de los cuales son: jerarquía, cronológico, especialidad, competencia y prevalencia. Así pues, el estudio de estos criterios y su aplicación en los casos concretos permitirá restaurar la necesaria coherencia de que puede adolecer el ordenamiento jurídico.

El criterio jerárquico es aquel según el cual la norma de rango superior, en caso de conflicto normativo, prevalece sobre la de rango inferior. Este criterio se utiliza cuando existe una antinomia aparente, es decir, cuando no existe un problema real de consistencia normativa, porque una de las normas en conflicto es inválida por entrar en contradicción con la norma superior, en cuyo caso la norma inferior es nula, debiendo declararse tal nulidad en sede jurisdiccional.

En relación a este criterio, cabe decir que son distintas las razones que se han esgrimido para determinar cuándo se está ante una relación jerárquica entre normas.

⁸ RUIZ SANZ, Mario, *Sistemas Jurídicos y conflictos normativos* (Madrid, 2002), p. 39.

⁹ *Ibíd.*, p. 45.

¹⁰ RUIZ SANZ, Mario, citando a ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 124 y BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, pp. 201-202.

Algunas de las soluciones que se han propuesto son: a) la aplicabilidad de la norma superior en caso de conflicto; b) de la capacidad derogatoria; c) de la referencia al órgano creador de la norma; d) de la fundamentación material o formal de la validez; e) de la posibilidad de fiscalización judicial, f) del deber de acatamiento de la norma inferior respecto de la norma superior.

El criterio de la aplicabilidad de la norma superior en caso de conflicto se explica así, entre un tipo de norma X y un tipo de norma Y es superior aquella que debe ser aplicada en caso de conflicto. Sin embargo, ¿no es posible que el mismo conflicto sea resuelto aplicando otros criterios como competencia, cronológico o especialidad? ¿Cómo se conoce con anticipación que esa norma es la aplicable y no la otra? Si la respuesta no existe o no es satisfactoria, corresponde pasar a la revisión del próximo criterio.

El criterio de la capacidad derogatoria supone que es superior la clase de norma que puede derogar a otra sin poder ser derogada por ésta, la cual será inferior, mientras son iguales los tipos de normas que pueden derogarse recíprocamente¹¹. Empero, ¿puede una ley ordinaria derogar una ley orgánica constitucional a pesar de tener el mismo rango jerárquico? ¿Qué ocurre en aquellos casos en que las normas prohíben su reforma o modificación? ¿Acaso por su mayor rigidez son superiores? ¿Una ley posterior y una sentencia del Tribunal Constitucional tienen igual jerarquía porque ambas pueden dejar sin efecto una ley? Nuevamente, si la respuesta es insatisfactoria, procede analizar el próximo criterio.

El criterio de la referencia al órgano productor de la norma se expone con base en la diferente calidad e importancia del órgano que dicta la norma¹². Sin embargo, corresponde preguntarse ¿señala la Constitución una relación de jerarquía entre los órganos del Estado? Ruiz Miguel desecha este criterio apuntando una serie de razones: a) hay casos en los que un mismo órgano tiene capacidad para dictar normas con rango diferente; b) hay casos en los que órganos diferentes elaboran normas cuyas relaciones jerárquicas son más fáciles de determinar por el tipo de normas de que se trata que por el órgano que las produce; c) hay casos en los que normas del mismo grado son

¹¹ RUIZ MIGUEL, Alfonso, *El principio de jerarquía normativa*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 8 (24), (Madrid, 1988), p. 141.

¹² Así, autores como García de Enterría expresan: "La jerarquía de las normas no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración de las mismas, sino un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que las producen: el legislador constituyente en su carácter de fundador del sistema; el legislador ordinario, que extrae su legitimidad y su poder del sistema fundado por aquél; el gobierno, órgano subordinado al cuerpo representativo ante el que es responsable (...) y las demás autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid 1982), I, p. 135. En el mismo sentido, Tomás Ramón Fernández señala: "La jerarquía de las normas no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración de las normas, sino un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que las producen". FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás R., *En torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (Madrid, 1981), p. 77.

aprobadas por órganos en parte comunes y en parte diferentes¹³. Es un ejemplo de la primera razón la ley ordinaria y la ley de reforma constitucional en la que intervienen para su dictación tanto el Presidente de la República como el Congreso Nacional; de la segunda razón el decreto con fuerza de ley y la ley; de la tercera razón la ley de reforma constitucional aprobada por el Presidente de la República y el Congreso y la ley de reforma constitucional que además, y bajo ciertas circunstancias, requiere referéndum popular. Nuevamente este criterio no es completamente satisfactorio.

El criterio de la fundamentación de la validez, una idea básica en la teoría de Kelsen, se explica diciendo que una norma es superior a otra cuando fundamenta su validez. El criterio de la fundamentación material de la validez se plantea de la siguiente forma: una norma es jerárquicamente superior a otra porque el contenido de la primera es conferir competencia a un órgano para producir la segunda, cualquiera sea el rango formal de aquéllas. La fundamentación formal de la validez se presenta cuando la norma superior es el fundamento de validez de la inferior no sólo por regular su modo de creación, sino también, y sobre todo, porque tiene capacidad o fuerza para regularlo, es decir, por su rango formal superior¹⁴. A su vez, la norma que fundamenta debe tener la capacidad de fundamentar a la norma inferior, entonces parece que hay que concluir que la norma fundamentadora ha de ser superior a la norma fundamentada. De manera que, al fin y al cabo, la norma fundamentadora no puede ser superior: la fundamentación de validez, así, resultaría no la razón de la jerarquía normativa, sino su consecuencia¹⁵.

El criterio de la posibilidad de la fiscalización por órganos (Judiciales, Administrativos o de Justicia Constitucional) como medio para garantizar el respeto al rango superior de determinadas normas, también es susceptible de reparos, porque ¿siempre existe un procedimiento para fiscalizar la superioridad de una norma respecto de otra?

Finalmente, el criterio del deber de acatamiento de la norma inferior respecto de la norma superior es aquel en virtud del cual los órganos creadores de normas inferiores deben acatar lo establecido en las superiores y la inexistencia de tal deber en el caso de normas de igual rango. Mas, ¿siempre este deber es cumplido eficazmente?

Como se observa, los criterios expuestos, separadamente, parecen todos poco satisfactorios. Quizás la conjunción de todos ellos pueda servir de pauta para identificar el criterio de la jerarquía. O quizás habrá de buscar tal criterio de jerarquía normativa en la prescripción, explícita o implícita, que el propio ordenamiento jurídico realice. En este caso cabe otra pregunta, ¿la prescripción de las relaciones de superioridad e inferioridad o de igualdad jerárquicas deberán contenerse en un tipo de norma de rango formalmente superior a aquellos tipos a los que la prescripción

¹³ RUIZ MIGUEL, Alfonso, p. 137.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 146.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 147.

se refiere? Sin duda, el caso de la atribución de un ámbito material determinado a ciertos tipos normativos, criterio de competencia, debe ser atribuido por una norma de rango formalmente superior. Sin embargo, tal requisito parece no ser necesario en el caso de la superioridad jerárquica, que no requiere estar previsto en una norma de tipo superior a aquellas a las que jerarquiza¹⁶. Piénsese en la Constitución que se atribuye a sí misma el carácter supremo.

C. El criterio cronológico

El criterio cronológico es aquel según el cual la norma posterior en el tiempo, en caso de conflicto normativo, prevalece sobre la anterior. Este criterio se utiliza cuando existe una antinomia real, es decir, aquella que se plantea entre normas válidas, debiendo el operador jurídico decidir sobre la norma aplicable, la posterior, quedando derogada tácitamente la anterior.

Este criterio se aplica con carácter general respecto de normas de igual o inferior rango, pero tiene dos limitaciones: a) ha de predicarse respecto de normas comunes; en otro caso, la eficacia derogatoria de la norma posterior puede corregirse mediante la aplicación de la excepción del criterio del carácter especial que pueda tener la nueva disposición; b) sólo se puede aplicar respecto de normas homogéneas, o sea, que pertenezcan al mismo ámbito de competencia¹⁷.

El criterio cronológico exige recordar que la historia del Derecho es una continua sucesión de normas, en que las posteriores aportan regulaciones más o menos diferentes a las contempladas en las disposiciones hasta ese entonces vigentes¹⁸. Las disposiciones viejas que pierden así vigencia, son objeto de derogación total o parcial. La nueva norma deroga la antigua, pero ello no significa la declaración de nulidad, puesto que la norma anterior, de ordinario, sigue surtiendo efectos respecto de las situaciones creadas durante su vigencia, siempre que la nueva norma no tenga plenos efectos retroactivos.

La derogación puede ser tácita, expresa e implícita. En el caso de la derogación tácita, el intérprete se encuentra ante una norma de contenido incompatible con otra anterior y debe, por tanto, optar por la posterior. En el caso de la derogación expresa, la norma posterior determina explícitamente cuál es la normativa derogada, la que puede implicar sustitución o no de la misma por otra regulación. Finalmente, la derogación implícita se trata de dos disciplinas sobre la misma materia que se suceden en el tiempo, de modo que la posterior deja sin vigor la anterior.

¹⁶ *Ibíd.*, pp. 149-150.

¹⁷ VV.AA., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, I (Madrid, 1997), pp. 261 y 262.

¹⁸ Ver RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Constitución, tratados internacionales y sistemas de fuentes del derecho* (Bolonía, 1976).

D. El criterio de especialidad

El criterio de especialidad es aquel que opera cuando se produce un conflicto normativo entre una norma general y otra especial respecto de aquélla, que se resuelve mediante la aplicación preferente de la norma especial. Este criterio se utiliza cuando existe una antinomia real, es decir, aquella que se plantea entre normas válidas, debiendo el operador jurídico interpretar de forma restrictiva una de las normas (la especial) respecto de la otra (la general), actuando con carácter individualizador.

Este criterio, en comparación con los anteriores, ostenta notables diferencias: a) hace referencia a la existencia de conflicto normativo por razón de la materia; b) tiene siempre un carácter relativo que implica la comprobación del contenido de una norma con otra a través de una actividad interpretativa; c) sólo puede ser aplicable a antinomias total-parcial.

El sentido del criterio de especialidad es hacer posible la aplicación de normativas singulares a grupos sociales diferenciados, permitir que determinados sectores no se rijan por el patrón general, habilitándoles una regulación específica que se adapte en mayor medida a sus necesidades.

E. El criterio de competencia

El criterio de competencia es aquel que reserva a cierto tipo normativo la regulación de una materia, de suerte que, si cualquier otra norma hace esa regulación, será inválida, abstracción hecha de cual sea su contenido¹⁹. Este criterio se utiliza cuando la antinomia es aparente, la norma incompetente no es aplicable porque no es válida, debiendo ser declarada tal invalidez por el órgano jurisdiccional competente. El mismo depende de la existencia de dos normas con ámbitos materiales diferenciados por decisión de otra norma que debe ser superior jerárquicamente respecto de aquéllas. Generalmente, tal norma superior es la Constitución.

Los supuestos de la aplicación del criterio de competencia son tres: a) debe suscitarse un conflicto entre normas provenientes de fuentes diferentes; b) entre las fuentes en cuestión no debe existir relación de jerarquía; c) cada una de las normas en conflicto por razón de la materia debe tener una esfera de competencias exclusivas y regular unas materias concretas.

Las diferencias entre el principio de jerarquía y de competencia son varias. En primer término, el principio de jerarquía se apoya en una concepción del ordenamiento estructurado mediante una jerarquización vertical, de forma tal que la norma superior como la subordinada, ambas, son aptas para regular la misma materia, sólo que la regulación que realice la norma inferior no puede ser contraria a la superior. El principio de competencia supone el reparto de materias entre distintos tipos normativos, de modo que un órgano con facultades normativas está sujeto a dos limitaciones: a)

¹⁹ DE OTTO, Ignacio, pp. 87 y ss.

no es posible dictar otra norma sobre una materia que está reservada a una fuente concreta; b) un órgano con capacidad normativa no puede dictar una disposición de su propio rango formal, cuando tal disposición verse sobre una materia reservada a otro órgano²⁰. Por otro lado, el criterio de jerarquía se aplica cuando la norma inferior contradice la superior, a diferencia del criterio de competencia que opera con absoluta independencia de si la norma nula, por haber regulado la materia vedada, entra o no en contradicción con la dictada, de existir, por el órgano competente.

F. El criterio de prevalencia

El criterio de prevalencia es una categoría intermedia entre la competencia y la jerarquía, que requiere que las normas en conflicto sean válidas.

Las condiciones para que proceda aplicar el criterio de prevalencia son: a) que ambas normas tengan un ámbito material y espacial de aplicación común; b) que sus regulaciones respectivas sean diferentes; c) que ambas normas tengan competencias concurrentes sobre la materia²¹.

Como se observa, la similitud con el criterio de competencia es que consiste en una relación indirecta entre dos normas. La semejanza con el criterio de jerarquía es que se trata de una relación que se produce sobre el mismo ámbito material de validez y/o sobre la misma función o categoría normativa. Pero, a diferencia de la jerarquía, puede operar también sobre la misma categoría normativa de regulación y puede aplicarse entre dos normas de distinto o igual rango.

La prevalencia como criterio de solución de conflictos no se manifiesta en un juicio de validez de normas, sino en la aplicación preferente, que decide el operador jurídico, de una de ellas. Normalmente, la prevalencia se prevé para regular las relaciones entre el ordenamiento de un Estado Federal y el Derecho de los Estados Federados, entre el Derecho Estatal y el Derecho Autonómico, entre el Derecho Comunitario y el Derecho Estatal.

G. Los conflictos normativos de segundo grado

Los efectos del conflicto normativo se diferencian por el tipo de conflicto, por el criterio aplicado a éste y por el órgano encargado de resolverlo. No debe olvidarse en este punto que la solución de una antinomia depende siempre de un acto de interpretación y, por tanto, las soluciones son variables. De este modo puede distinguirse: a) entre una fuente anterior y otra posterior del mismo tipo, el efecto siempre es la derogación de la norma anterior, salvo que se trate de un conflicto entre norma especial anterior y norma general posterior, caso en que prevalece la norma especial. En este caso, cualquier órgano de aplicación del Derecho puede resolver el conflicto; b)

²⁰ VV.AA. (1997), p. 264.

²¹ LÓPEZ RUIZ, F., *Fuentes del Derecho y ordenamientos jurídicos* (Valencia, 1997), pp. 189 y ss.

entre una fuente superior y otra inferior, el efecto puede ser derogación, anulación o inaplicación de la norma inferior. Existirá derogación cuando la norma superior sea también norma posterior, se procederá a la anulación o la inaplicación cuando la norma inferior contradice lo establecido en una norma superior. En estos casos, el órgano encargado de resolver el conflicto será esencialmente jurisdiccional; c) el conflicto entre fuentes con ámbitos materiales reservados a su competencia sólo podrá ser resuelto por un órgano jurisdiccional, quien podrá anular la norma inválida.

A veces, también, surgen conflictos al momento de resolver una colisión normativa cuando respecto de la misma puedan aplicarse varios de los criterios analizados, surgiendo así un conflicto entre criterios o antinomias de segundo grado.

En este supuesto cabe referirse a tres posibles situaciones básicas que surgen de combinar los criterios de jerarquía, cronológico y especialidad: a) conflicto entre criterio jerárquico y cronológico. Sucede en el caso que una norma anterior y superior resulte incompatible con otra norma posterior e inferior. Si se aplica el criterio jerárquico, se resuelve a favor de la primera norma, mientras que si se aplica el cronológico, tiene preferencia la segunda; b) conflicto entre criterio jerárquico y de especialidad. Acontece en el supuesto que una norma superior y general está en contradicción con otra norma inferior y especial. Si se aplica el criterio jerárquico se prioriza la primera norma, mientras que si se aplica el de especialidad, prevalece la segunda; c) conflicto entre el criterio cronológico y el de especialidad. Se da en el caso que una norma anterior y especial sea antinómica respecto a otra norma posterior y general. Si se aplica el criterio cronológico se recurre a la primera norma, mientras que si se aplica el de especialidad prepondera la segunda²².

Además pueden producirse otros conflictos de segundo grado si se agrega a los anteriores el criterio de competencia, así: a) conflicto entre el criterio jerárquico y de competencia. Tendrá lugar entre una norma superior e incompetente y otra norma inferior pero competente. Si se aplica el criterio jerárquico vale la primera norma; en cambio, si se usa el de competencia, sirve la segunda; b) conflicto entre el criterio cronológico y de competencia. Procedería entre una norma posterior e incompetente frente a otra norma anterior y competente. Por cronología prevalece la primera, por competencia la segunda; c) conflicto entre el criterio de especialidad y de competencia. Acontece entre una norma especial, pero incompetente frente a otra norma general con respecto a la primera y competente. Por especialidad se aplicaría la primera, por competencia la segunda²³.

Y más conflictos entre criterios se producen si además se agrega el criterio de prevalencia: a) conflicto entre el criterio jerárquico y de prevalencia. Sucedería entre una norma superior y no prevalente frente a otra inferior y prevalente. Con jerarquía se aplicaría la primera norma, con prevalencia la segunda; b) conflicto entre el

²² RUIZ SANZ, Mario, p. 91.

²³ *Ibíd.*, pp. 91 y 92.

criterio cronológico y de prevalencia. Estaría presente entre una norma posterior y no prevalente frente a otra norma anterior y prevalente. Con cronología se aplica la primera, con prevalencia la segunda; c) conflicto entre criterio de especialidad y de prevalencia. Se daría entre una norma especial y no prevalente y otra norma general respecto a la primera pero prevalente. Aplicando especialidad se daría prioridad a la primera, con el criterio de la prevalencia se daría prioridad a la segunda; d) conflicto entre el criterio de competencia y prevalencia. En caso de una norma competente y no prevalente frente a otra norma incompetente pero prevalente. Desde competencia se tendría en cuenta la primera, desde prevalencia la segunda²⁴.

En este punto, no hay un criterio formalizado de solución, sino varios informales, a saber: a) el criterio cronológico cederá ante todos los criterios; b) el criterio jerárquico se impone sobre el cronológico y sobre el de especialidad; c) donde interviene el criterio de jerarquía no puede intervenir el de competencia y donde interviene el de competencia no puede hacerlo el de jerarquía; d) el criterio de competencia, el más básico, se impone sobre todos los demás, por cuanto afecta al mismo acto normativo que produce la disposición.

III. PRINCIPALES TRANSFORMACIONES EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

La doctrina de las Fuentes del Derecho, desde una perspectiva privatista, se inició con Savigny en la época de la Revolución Francesa. Tal nacimiento coincidió con el origen del Estado Liberal de Derecho, cuya manifestación máxima de la voluntad general fue la ley. El Parlamento se consideró el poder depositario de la soberanía nacional, afecto a una tarea primordial, cual era la producción normativa de un Derecho nuevo, promoviendo el positivismo. Todo esto significó el imperio de la ley con pretensiones de exclusividad frente a las otras fuentes, que eran la costumbre y la jurisprudencia.

Más adelante, a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, la doctrina de las fuentes fue abordada desde el Derecho Público en Alemania como consecuencia de la elaboración del concepto dualista de la ley. Puede concebirse la doctrina dualista germana como la iniciadora de la discusión básica en torno a las cuestiones fundamentales de la teoría de las Fuentes, tales como la definición del concepto de norma, a las relaciones entre fuentes, a la determinación del poder normativo del Parlamento y del Gobierno, al sometimiento de los poderes normativos a criterios de competencia y a criterios materiales, superando así el dogma de la omnipotencia del legislador. Sus máximos expositores fueron V. Stockmar, Laband, Jellinek, Anschütz.

Finalmente, corresponde a Kelsen y su Escuela de Viena el mérito de centrar la atención de la Ciencia Jurídica en el interior de las Fuentes del Derecho, en los modos de producción normativa, creando una verdadera Teoría de las Fuentes del Derecho. Es a partir de esta teoría, que se abandonó la identificación entre el Derecho y la ley.

²⁴ *Ibíd.*, p. 92.

propia de la doctrina tradicional de las fuentes, y surgió el principio de la confluencia entre el Derecho y la Constitución. La teoría de las fuentes originó un cambio sustancial en la estructura del sistema, dentro del cual la Constitución sirve de medida para la determinación de la vigencia y validez el Derecho.

En este mismo sentido de evolución, corresponde mencionar las últimas y más trascendentales transformaciones operadas en el Sistema de Fuentes del Derecho. Éstas son: a) reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema, que diseña un modelo de producción normativo complejo y que condiciona la creación del Derecho mediante vínculos formales y también sustanciales que derivan de los principios y derechos fundamentales previstos en ella; b) pérdida de la ley de su carácter de principal Fuente del Derecho; c) pluralismo normativo, es decir, no sólo son Fuentes del Derecho, como otrora, la ley, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho, sino que surgen una serie de nuevas categorías normativas que sobrepasan en importancia y cantidad las fuentes mencionadas. Además, el pluralismo normativo implica una derogación de las ideas de monopolio y jerarquía normativa en favor de los sistemas de interlegalidad basados principalmente en relaciones de tipo horizontal; d) supraestatalidad normativa, que importa la incorporación de un considerable cúmulo de normas internacionales, ya sea de integración económica o de derechos humanos, al Derecho interno de los Estados; e) inflación y constante cambio normativo; f) aumento cuantitativo y cualitativo de las normas emanadas de la potestad reglamentaria; g) infraestatalidad normativa, que implica la ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Principalmente, este fenómeno se traduce en el incremento de la normativa emanada de los órganos descentralizados, ya sean de carácter federal, regional o municipal.

Las transformaciones apuntadas se deben, entre muchos otros factores, a: a) el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho. En este último, se requiere mayor intervención del Estado para la distribución y asistencia en el reparto más equitativo de la riqueza, siendo el Derecho un instrumento para la realización de tales fines; b) la erosión e incluso abolición del protagonismo hegemónico y monopolístico del Estado en la creación del Derecho, como consecuencia de la interdependencia e interconexión de las sociedades actuales²⁵; c) la pérdida del carácter absoluto de la soberanía del Estado; d) la pluralidad de autoridades con capacidad normativa. Siendo evidente el actual desplazamiento de la capacidad normativa, antes por excelencia del órgano legislativo, al administrador; e) la crisis de legitimidad del órgano legislador; f) el reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional y a los pueblos como titulares de derechos humanos; g) las sociedades pluralistas; h) la superposición de ordenamientos jurídicos; i) la descentralización del Estado, entre otros.

²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio, *El desbordamiento de las Fuentes del Derecho* (Sevilla, 1993), p. 78.

De las transformaciones señaladas es menester detenerse muy brevemente en algunas de ellas. Así analizaré el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema que condiciona la creación del Derecho mediante vínculos formales y sustanciales; la pérdida de la ley de su carácter de principal Fuente del Derecho; la supraestatalidad e infraestatalidad normativa, y el desbordamiento de la potestad reglamentaria.

A. *El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica*

Una de las principales transformaciones en el Sistema de Fuentes del Derecho es el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema que regula la creación del Derecho y que condiciona la validez del ordenamiento jurídico en un doble sentido. Desde el ámbito de la validez formal o vigencia, por cuanto establece el órgano competente y el procedimiento para la dictación de las normas. Desde el ámbito de la validez sustancial o simplemente validez, por cuanto determina que una norma será válida en la medida que se encuentre vigente y conforme a los principios y derechos fundamentales previstos en la Constitución.

El reconocimiento de la Constitución como norma que determina la sujeción del ordenamiento jurídico en el doble sentido señalado, supone necesariamente la revisión de las tesis iusnaturalista, del realismo jurídico, del formalismo ético y del positivismo legalista. La primera tesis considera que una norma es válida si es justa. La segunda reduce todo a la eficacia de la norma. La tercera considera que una norma es justa por el hecho de ser válida. La última asume las normas vigentes como válidas, siendo su máximo expositor Hans Kelsen.

La tesis del positivismo legalista, la más recurrente al momento de explicar la estructura del ordenamiento jurídico en Chile, es rotundamente formalista. Kelsen consideró que la validez de las normas jurídicas no resulta de su contenido²⁶. Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según las reglas determinadas y de acuerdo con un método específico²⁷. La validez de una norma depende, entonces, que haya sido promulgada en virtud de una norma superior que a su vez es válida. Esta norma superior a su vez es válida por la misma razón: porque ha sido dictada por el órgano con competencia según lo dispuesto en una norma superior. En último término, la validez de las normas jurídicas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental, que es una norma presupuesta o ficticia. En propias palabras de Kelsen: *"La norma que representa el fundamento de validez de otra norma, es en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como la norma suprema debe ser presupuesta, dado que no puede ser*

²⁶ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires, 1960), p. 136.

²⁷ *Ibíd.*, p. 137.

*impuesta por autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aun superior. Su validez no puede ya derivarse de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica. Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo".*²⁸

Ciertamente, esta parte de la teoría de Kelsen desatiende la complejidad del Estado Constitucional de Derecho. En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las normas, sino que incluye normas sustanciales, relativas a los principios y a los derechos fundamentales. Así una norma, por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción²⁹. Luigi Ferrajoli destaca que Kelsen solucionaba el caso de leyes formalmente correctas pero con un contenido contrario a una norma superior, como las constitucionales, con la fórmula de que tales normas permanecen válidas mientras no sean derogadas en la forma en que el mismo orden jurídico determine.

Otro de los problemas de la teoría de Kelsen es que la "norma fundamental" aludida en su teoría no existe en la realidad, sino que es una norma presupuesta. Esta norma presupuesta no está fundada en la voluntad de un soberano ni en la voluntad del pueblo ni en valores. Es una norma que fundamenta la validez pero que no es válida, sino validante³⁰. Una norma que dicta la competencia, pero que no ha sido dictada en virtud de competencia alguna. Una norma que establece procedimientos, pero que no ha sido establecida en virtud de ningún procedimiento jurídico, sino en virtud de un procedimiento lógico-trascendente al modo kantiano³¹.

Lo expuesto impone reflexionar sobre la necesidad de revisar la tradicional teoría formalista de Kelsen sobre las Fuentes del Derecho. Ello, por cuanto el Estado Constitucional de Derecho es doble sujeción del Derecho al Derecho, tanto en su dimensión de vigencia como de validez. Kelsen, como se explicó, sólo observaba lo relativo a la vigencia, esto es a la forma, aun cuando él le llamaba "validez".

Se hace forzoso distinguir, entonces, entre "vigencia" o "existencia" y "validez". La vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos y la validez es una

²⁸ *Ibíd.*, p. 202.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, 1999), p. 20.

³⁰ Según Balaguer Callejón: "Si toda norma debe fundamentar su validez en la validez de otra norma, nos encontramos ante la Norma Fundamental como una norma cuya validez no procede a su vez de la validez de otra norma, por lo que es difícil conceptuarla como auténtica norma en términos kelsenianos". BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, p. 96.

³¹ SERRANO, JOSÉ LUIS, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, (Madrid, 1999), p. 44.

cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción³². La Constitución condicionaría, en dos aspectos, la creación del Derecho. En un aspecto negativo, en cuanto dispone que no formen parte del ordenamiento aquellas normas que contradigan tanto la forma como la sustancia de la misma. En uno positivo, al determinar el proceso de creación de las normas, atribuyendo los correspondientes poderes a unos u otros sujetos y determinando el valor respectivo de las normas que esos sujetos crean.

B. La pérdida del valor tradicional de la ley

En Europa, por siglos la ley fue considerada como la principal Fuente del Derecho. Aquella fue concebida como la manifestación de la voluntad soberana, con caracteres de generalidad, obligatoriedad, abstracción y vocación de permanencia.

Sin embargo, tal noción de ley está en crisis. La crisis o declive de la ley puede observarse desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días, por razones bien heterogéneas. Entre ellas, la pérdida de las principales características enunciadas. De esta forma, se ha colocado en tela de juicio su calidad de manifestación de la voluntad soberana, por la propia deslegitimación de los órganos legislativos, la desconfianza hacia el legislador y porque sobre la ley existe una supervoluntad popular expresada en la Constitución³³. Además, porque, como señala Zagrebelsky, muchas leyes actualmente son producto de la influencia que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador y el gobierno, siendo una presión tan eficaz que llega a lograr una "contractualización de los contenidos de la ley", una auténtica legislación paccionada que sólo consagra una relación de fuerzas existentes al margen de la voluntad jurídicamente representada³⁴.

A su vez, las características de generalidad y abstracción han ido desapareciendo porque la sociedad ya no es homogénea, de modo que la voluntad plasmada en la ley deja de representar a un sujeto jurídico unitario para dispersarse en tantas voluntades como grupos sea capaz de acoger el Derecho, la ley singular toma el testigo, y lo hace de la mano no de una sino de diversas autoridades³⁵. En consecuencia, en detrimento de las características formales de generalidad y abstracción surgen leyes de caso único, leyes *ad hoc*, leyes-medida, leyes *fotografía*, leyes-programa, habilitaciones

³² FERRAJOLI, Luigi (1999), p. 22.

³³ DIEZ PICAZO, Luis María, *Conceptos de ley y tipos de ley (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)* en Revista Española de Derecho Constitucional. Año 8 (24). (Madrid, 1988), pp. 78 y 79.

³⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción Marina Gascón). (Madrid, 2007), p. 37.

³⁵ GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, *Ineficacia, Anomía y Fuentes del Derecho* (Madrid, 2003), p. 49.

al gobierno, etc. Los órganos legislativos hacen con frecuencia leyes con destinatario individualizado, para resolver un caso o disciplinar un hecho³⁶.

En el mismo sentido, el otrora carácter omnipotente de la ley y su uniformidad formal han perdido fuerza significativamente. El carácter omnipotente ha cedido ante la creciente importancia alcanzada por los órganos de Jurisdicción Constitucional con facultad para declarar la invalidez de las leyes contrarias a la Constitución³⁷. Asimismo, la uniformidad formal de la ley está en jaque por razón de la incorporación en algunas Constituciones de diversidad de tipos de ley.

Además, y como señala Liborio Hierro, otras razones de la crisis de la ley son: a) la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes; b) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los Estados; c) la expansión de la fuerza normativa de las Constituciones, y d) la expansión de la fuerza normativa de los principios³⁸. Finalmente, la celeridad con que se suceden las leyes no permite hablar de longevidad legal o vocación de permanencia.

Como explica González Ordovás, una de las principales causas de esta crisis es el paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, lo que ha determinado un cambio en la apreciación de la ley. Así, la sujeción a la ley fue entendida en el Estado liberal como fin en sí mismo; en cambio, después de radicales transformaciones económicas y sociales que gozan del beneplácito constitucional, su *status* se redujo al mero medio para alcanzar los auténticos fines. De este modo, el reglamento en el Estado Social de Derecho adquiere mayor protagonismo en detrimento de la ley³⁹.

A tales causas, Prieto Sanchís agrega la crisis de la racionalidad de la ley. Esto es, el abandono por parte de la cultura jurídica de su fe en la ley como instrumento de la razón y el abandono de la propia ley de sus cualidades de racionalidad⁴⁰.

Al mismo tiempo se agrega como causa de la crisis de la ley el flujo desbocado de aquellas, que incluso ha llegado a ser llamado "motorización de la legislación"; y la pérdida progresiva de su fuerza o eficacia, conocida como "hipostenia legislativa"⁴¹.

³⁶ LAPORTA, FRANCISCO, *El imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid, 2007), p. 159.

³⁷ Como dice Diez Picazo: "Esta garantía de la supremacía jurídica de la Constitución convierte automáticamente al poder legislativo en un verdadero poder constituido y, por ende, limitado por una norma superior". DIEZ PICAZO, LUIS MARÍA (1988), p. 51.

³⁸ HIERRO, LIBORIO, *El imperio de la ley y la crisis de la ley*, en *Doxa*, 19 (1996), p. 291.

³⁹ Ver GONZÁLEZ ORDOVÁS, MARÍA JOSÉ, pp. 50 y ss.

⁴⁰ PRIETO SANCHÍS, LUIS (2008), p. 187.

⁴¹ Según Pérez Luño: "La hipostenia legislativa constituye la reacción antitética correlativa al fenómeno de la hipertrofia, la contaminación y la mitificación de la ley. La extensión de la masa legislativa ha comportado un marcado déficit en la intensidad de su eficacia. Ello se ha traducido en una serie de fenómenos de suplantación de la ley formal por normas reglamentarias, así como el debilitamiento y desconfianza respecto a la legalidad como marco de solución de los conflictos sociales". PÉREZ LUÑO, ANTONIO, p. 81.

Lo dicho no significa que la ley haya desaparecido del Sistema de Fuentes del Derecho; por el contrario, sigue siendo la categoría central del Estado Constitucional y democrático de Derecho. La crisis de la ley ha supuesto esencialmente la degradación de aquélla, que ha cedido a la Constitución su carácter de fundamento de toda la construcción normativa⁴².

C. La supraestatalidad normativa. Los procesos de integración

La supraestatalidad normativa supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas⁴³. Tal fenómeno se evidencia en los procesos de integración, esencialmente económicos, y en el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Los procesos de integración en el mundo, como los que han tenido lugar en Europa y América Latina han generado Derecho, impactando estos nuevos ordenamientos en los Sistemas de Fuentes de los Estados que los conforman. Ciertamente el proceso de integración más desarrollado es el europeo. Así, los Estados integrados a la Unión Europea han cedido el ejercicio de parte de su soberanía, la legislativa en ciertas materias, en los órganos supranacionales competentes de la Unión.

Lo dicho plantea una serie de interrogantes: a) ¿qué es el Derecho Comunitario y cuáles son sus fuentes?, b) ¿cómo se relaciona el Derecho Comunitario y la Constitución?, c) ¿cómo se relaciona el Derecho Comunitario y el Derecho interno infraconstitucional?, d) ¿qué legitimidad democrática ostentan los órganos de la Unión Europea con capacidad normativa?

Para comenzar a responder estas interrogantes corresponde reseñar que el Derecho Comunitario, el de la Unión Europea, constituye un ordenamiento jurídico autónomo, dinámico, abierto, con un incesante activismo, distinto de los Derechos nacionales de los Estados miembros que lo integran⁴⁴. Sin embargo, no puede desconocerse que

⁴² En el mismo sentido PÉREZ ROYO: "La reducción consiste en el paso de la posición absolutamente privilegiada, que en el sistema anterior tenía, a una posición, que continúa siendo preeminente, es cierto, pero que queda subordinada a la Constitución y controlada en su ajuste o al menos susceptible de serlo, por un órgano específico, especialmente diseñado para ello, que es el Tribunal Constitucional". PÉREZ ROYO, Javier, p. 19. Asimismo, DIEZ PICAZO señala: "Tras lo dicho hasta aquí, habrá que coincidir en que existe un menguante de la ley, que es obra del nuevo sentido que posee la Constitución y de su inserción en el ordenamiento jurídico. DIEZ PICAZO, Luis María, *Constitución, Ley y Juez*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5 (15), (Madrid, 1985), p. 12.

⁴³ PÉREZ LUÑO, Antonio, p. 76.

⁴⁴ Ver MELLADO PRAID, Pilar y LINDE PANIAGUA, Enrique, *El Sistema Político de la Unión Europea* (Madrid, 1999), p. 109. Además MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho* (Madrid, 2004), p. 77.

este Derecho distinto es también el Derecho de los Estados, en un flujo constante e incesante⁴⁵.

El Derecho Comunitario se divide en Derecho originario y Derecho derivado⁴⁶. Ambos se aplican directamente y vinculan de forma inmediata tanto a los Estados que forman parte de la Unión como a sus ciudadanos, desplazando las normas estatales contradictorias. El efecto directo del Derecho Comunitario significa su validez por sí mismo, excluyendo la recepción en el Derecho nacional mediante una norma interna o cualquier otro acto de los poderes estatales.

La relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho nacional de los Estados no siempre es pacífica. Como señala Martín-Retortillo, corresponde hablar de interconexión de ordenamientos jurídicos, mas no de armonía, pues la operación de acoplar y ensamblar, a veces pacífica y sencilla, también puede resultar sumamente brusca⁴⁷. El principio que permite resolver los eventuales conflictos entre los distintos ordenamientos es el de primacía o prevalencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno. La aplicación del principio de prevalencia del Derecho Comunitario provoca el desplazamiento de las normas de los Estados parte que sean contradictorias, sin derogarlas ni invalidarlas; sin embargo, determina a los Estados a adaptarlas al Derecho Comunitario.

Esta primacía es predicable de todas las fuentes del Derecho Comunitario respecto de todas las fuentes del Derecho interno. Pero la pregunta que igualmente se esboza: ¿también respecto de la Constitución? Autores como Pérez Royo han dicho: "Salvo la Constitución"⁴⁸. No obstante, el Tribunal de Justicia desde su sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* ha afirmado lo contrario, esto es: las Constituciones de los Estados miembros ceden frente al Derecho Comunitario. La referida sentencia afirmó: "*La invocación de atentados sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea contra una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto directo sobre el territorio*".⁴⁹

⁴⁵ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, LORENZO, p. 79.

⁴⁶ El Derecho originario es el conjunto de tratados internacionales a través de los cuales se constituyeron inicialmente, se desarrollaron y ampliaron las Comunidades Europeas. Tales tratados contienen normas jurídicas sobre determinadas materias, directamente aplicables, pero sobre todo organizan la producción de normas jurídicas, como suelen hacer las Constituciones estatales.

El Derecho Derivado está formado por los actos a través de los cuales la Comunidad crea Derecho, como el reglamento (que emana del Consejo), la directiva (que emana de la Comisión), la decisión, los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad y los principios generales del Derecho.

⁴⁷ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, LORENZO, p. 67.

⁴⁸ PÉREZ ROYO, JAVIER, p. 165.

⁴⁹ STJC de 17 de diciembre de 1970, Asunto 11/70: *Internationale Handelsgesellschaft*.

Finalmente, en esta parte, corresponde decir que el sistema del Derecho Comunitario implica un nuevo y distinto quiebre del imperio de la ley como expresión de la voluntad general, toda vez que las normas comunitarias (reglamentos y directivas) no son normas que emanen de ningún poder del Estado o representativo de un soberano. Por el contrario, tanto los reglamentos y directivas son normas aprobadas por órganos no necesariamente representativos.

D. La supraestatalidad normativa. La internacionalización de los derechos humanos

Por otro lado, la internacionalización de los derechos humanos, como proceso que conlleva el reconocimiento y promoción de los derechos humanos en instrumentos internacionales, sean de alcance universal o regional, ha impactado tanto en materia de Fuentes del Derecho como en otros ámbitos, tales como: a) la fundamentación de los derechos; b) el concepto de soberanía, que ha dejado de concebirse como absoluta e ilimitada; c) la titularidad de los derechos humanos, que ha supuesto una ampliación de sus sujetos activos, dejando de serlo sólo los súbditos de un determinado Estado para abarcar a todas las personas; d) la formación de mecanismos internacionales institucionalizados y permanentes, como son las organizaciones internacionales.

Pese a los significativos efectos que provoca el proceso de internacionalización de los derechos humanos, una de las cuestiones más recurrentes en materia de Fuentes del Derecho es la jerarquía que ocupan los tratados de derechos humanos en el orden interno. La evolución del Sistema de Fuentes del Derecho demuestra que en estas últimas décadas los tratados de derechos humanos se han fortalecido en su posición jerárquica, lo que se observa en algunas Constituciones recientes que dispensan un tratamiento diferenciado o especial a los tratados o a los preceptos en ellos consagrados⁵⁰, reconociéndoles ya sea rango supralegal e incluso constitucional. Sin embargo, no existe un criterio uniforme en el ordenamiento jurídico de los Estados en cuanto a su jerarquía, lo que evidentemente dificulta la resolución cierta de los conflictos normativos que puedan suscitarse, por ejemplo, entre ley-tratado o Constitución-tratado. Más complejo aún es el caso de Constituciones, como la chilena, que no resuelven expresamente la cuestión de la jerarquía de los tratados, asunto que ha generado un arduo debate doctrinario y diversas soluciones jurisprudenciales⁵¹.

⁵⁰ CANCADO TRINDADE, Antonio, *El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (Santiago, 2001), p. 272.

⁵¹ Ver HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos*, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 6 (2), (Talca, 2008), pp. 73-119. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *Los tratados internacionales en la Constitución reformada*, en *Revista de Derecho Público*, 69 (I), (Santiago, 2007), pp. 313 - 323. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *La Jerarquía de la Normativa de Protección Internacional en Chile*, en *Revista Jurídica*, Año 3 (5), (Colima, 2003), pp. 115-132. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam, *La Interpretación del Artículo 5º inciso segundo de la Constitución Política de Chile*, en *Revista Entheos*, Año 1, (Santiago, 2003), pp. 9-30.

Pero la incidencia de los tratados de derechos humanos no sólo se evidencia en cuanto a la posición jerárquica de aquellos en el Sistema de Fuentes del Derecho, sino también en cuanto a la necesaria adecuación de las normas propias de las legislaciones nacionales a los referidos tratados.

Por otro lado, la recepción de ciertos tratados ha significado la inserción de los Estados a un sistema abierto de protección de los derechos humanos, los que, además de encontrarse en constante evolución, albergan una imprevisible fuerza expansiva⁵². Tal es el caso de la vigencia en Chile del Pacto de San José de Costa Rica, que trajo al Derecho interno todo el sistema americano de promoción y protección de los derechos humanos, esencialmente por medio de la vía del amparo interamericano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵³. De esta forma, no sólo debe atenderse al tratado incorporado, sino incluso a las decisiones que adoptan los órganos supranacionales, además de la jurisprudencia que de ellos emana. Se plantea así que la línea jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales internacionales debe servir de guía o pauta interpretativa a las decisiones de los órganos internos, particularmente a los tribunales de justicia, proyectándose entonces la cuestión de si esta jurisprudencia es también Fuente del Derecho para los Estados. En este punto, parte de la doctrina nacional ha dicho que los órganos y autoridades del Estado deben, de buena fe, realizar los mayores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las cuales deben servir como principios de interpretación y aplicación a los respectivos derechos fundamentales y con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son vinculantes y obligatorias de cumplir para todos los órganos estatales⁵⁴.

E. El desbordamiento de la potestad reglamentaria

En un ámbito distinto, otra de las transformaciones en el Sistema de Fuentes del Derecho es la mayor importancia que han cobrado, desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, las normas que emanan de la potestad reglamentaria. Tales normas no sólo son más en cantidad, sino también las que mayor incidencia práctica tienen

⁵² MARTÍN RETORTILLO BAQUER, LORENZO, p. 68.

⁵³ Por amparo interamericano puede entenderse el derecho de toda persona humana, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, o cualquier otro instrumento internacional sobre la materia, a interponer una petición ante la Comisión, cuando dicha violación provenga de los órganos del poder público de un Estado miembro de la OEA. Ver Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a mayo de 2001), CIDH, p. 101.

⁵⁴ Ver NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El debido proceso en la Constitución y en el sistema interamericano* (Santiago, 2007), p. 25. En el mismo sentido HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam, *Sistema integrado de protección de los derechos humanos*, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 5 (2), (Santiago, 2007), pp. 121-135.

sobre la vida de los ciudadanos. Santamaría Pastor comenta sobre esta transformación en España y concluye entre otras cuestiones, plenamente reconocibles en Chile, que: a) el rasgo más notorio y comentado de este ámbito normativo está constituido por sus desproporcionadas dimensiones. El número de reglamentos multiplica el de las leyes por una cifra incierta, pero con seguridad no inferior a varios centenares; b) las consecuencias de esta producción masiva son varias, destacando su inabarcabilidad y sus imperfecciones técnicas; c) se ha producido una creciente titularidad o multiplicación de los órganos con facultades reglamentarias; d) se manifiesta una tendencia a la progresiva fragmentación de los productos reglamentarios, es decir, la práctica de los reglamentos generales está siendo sustituida por la de desarrollos parciales y de ámbitos progresivamente limitados;⁵⁵ e) se ha hecho necesaria y debida especialización de los órganos jurisdiccionales, como los tribunales de lo contencioso administrativo, y de los órganos que ejercen su control de constitucionalidad y legalidad, como es el caso en Chile de la Contraloría General de la República.

⁵⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *El sistema de fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la Revista de Administración Pública (1950-1999)*, en *Revista de Administración Pública*, 150 (Madrid, 1999), pp. 568-575.