

LOS PRINCIPIOS Y REGLAS QUE ESTRUCTURAN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO*

THE STRUCTURAL RULES AND PRINCIPLES OF THE CHILEAN LEGAL ORDER

Eduardo Cordero Quinzacara**

RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto determinar y establecer los principios y reglas que estructuran el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico chileno, a partir de las normas positivas y las soluciones jurisprudenciales y doctrinales que se han formulado desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, con la finalidad de extraer los elementos que permitan determinar las normas aplicables a un caso concreto, así como los criterios para resolver de forma adecuada los conflictos normativos que se presentan en nuestro derecho a partir de un sistema de fuentes plural y complejo.

ABSTRACT

From the normative, theory and jurisprudence developed under Chilean Constitution of 1980, this research pretends to identify the structural rules and principles of the Chilean legal order. It will help to recognize the rules applicable

* Trabajo recibido el 27 de mayo y aprobado el 17 de septiembre de 2009. Este trabajo es parte de una investigación financiada por FONDECYT referida al proyecto «El ordenamiento jurídico chileno y el nuevo sistema de fuentes» N° 1080619. Abreviaturas: CPR, Constitución Política de la República; CENC, Comisión de Estudios de la Nueva Constitución; CS, Corte Suprema de Justicia; LIC, Ley interpretativa de la Constitución; LOC, Ley orgánica constitucional; LOCBGAE, Ley orgánica constitucional N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado; SCS, Sentencia Corte Suprema; STC, Sentencia Tribunal Constitucional; TC, Tribunal Constitucional; TI, Tratado Internacional.

** Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: eduardo.cordero@ucv.cl.

to a single case and the guiding principles for clash of norms, in a pluralistic and intricate system of law sources.

PALABRAS CLAVES

Ordenamiento jurídico – sistema de fuentes - principios

KEY-WORDS

Legal order - sources of the law - legal principles - clash of norms

1. Ordenamiento jurídico y fuentes del derecho

Los conceptos de *ordenamiento jurídico* y *fuentes del derecho* se encuentran estrechamente unidos e implicados, aun cuando no existe una identidad plena entre ambos. Por tal razón, como primera tarea es necesario definir cada uno de ellos.

Bien se ha señalado que la experiencia jurídica es, en principio, una experiencia normativa, de manera que el mejor modo de aproximarse a ella es considerando al derecho como un conjunto o sistema de normas¹. A este complejo o conjunto de normas jurídicas se le ha denominado indistintamente *ordenamiento jurídico*, *orden jurídico* y *sistema jurídico*.²

Si se revisa la literatura más autorizada sobre la materia, se puede constatar que los autores no tienen una denominación unívoca al respecto. Así, Hans Kelsen alude a este conjunto de normas como *Rechtsordnung*, que bien se puede traducir como *orden jurídico*, mientras que Norberto Bobbio utiliza la expresión *ordinamento giuridico*, que es la que en definitiva logra mayor aceptación, a pesar de haber sido acuñada por los teóricos de la institución, particularmente por Santi Romano³. Por su parte, el empleo de la voz sistema jurídico es atribuida por algunos autores a la influencia de la teoría de sistemas⁴, aunque en las fuentes

¹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p.3.

² Así, ocurre, por lo demás, en nuestra propia Constitución, la cual al referirse a los tratados internacionales nos señala que “una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el *orden jurídico chileno*” (artículo 54), mientras que en relación con las materias de reserva legal disponen que la integran “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un *ordenamiento jurídico*” (artículo 63 N° 20).

³ Los términos utilizados no es sólo formal, sino que dan cuenta de las diferencias que existen entre la concepción normativista del derecho, propuesta por Kelsen, frente a la concepción institucionalista sostenida por Santi Romano, que se presenta como contrapuesta a la primera. Para la primera, el ámbito del derecho se identifica con el ámbito del Estado, mientras que para la segunda el fenómeno jurídico no se limita al Estado, ya que esta se presenta en base a una sociedad organizada. Vid. Bobbio, Norberto, *Teoría de la Norma Giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, p. 16.

⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 295.

históricas ya había sido utilizada, como ocurre, por ejemplo, en la conocida obra de Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*.

Nosotros utilizaremos la expresión ordenamiento jurídico para aludir al “conjunto unitario y coherente de normas jurídicas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado”⁵. En tal sentido, el ordenamiento jurídico no es un conjunto yuxtapuesto, atiborrado y caótico de preceptos o normas jurídicas, sino que reconocen un fundamento común de validez, que a su vez les permite ser coherentes e íntegras⁶. Así, *unidad, coherencia e integridad* constituyen los problemas fundamentales que plantea el estudio del ordenamiento jurídico.⁷

Por su parte, la expresión *fuentes del derecho* es de reconocido origen metafórico. Con ella se quiere dar cuenta del origen del derecho o de dónde este emana.⁸

Dado el amplio alcance que tiene el término, vamos a centrar nuestro estudio sobre la base de un concepto que —desde una perspectiva técnico-jurídica— dé respuesta a tres problemas básicos: quiénes y bajo qué métodos o procedimientos están autorizados para producir las normas jurídicas, y cuáles son las formas o modos en que éstas se exteriorizan⁹. Así, en un sentido amplio, el tema de las fuentes comprende tres elementos: el sujeto o sujetos que tienen la capacidad de crear derecho (órgano, autoridad, grupo social o personas individualmente consideradas); el procedimiento necesario para el acto de creación normativa, y el modo externo en que éstas se materializan (ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina, etc.). Sin embargo, el término fuente lo vamos a reservar para este último, conocido tradicionalmente como *fente formal del derecho*. De esta forma, las fuentes del derecho serían *aquellos actos a los que el*

⁵ Seguimos en este punto a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, para quien el concepto de *ordenamiento jurídico* es una realidad normativa, frente al concepto de *orden jurídico*, que aludiría una realidad social, y el de *sistema jurídico*, que tendría un carácter cognoscitivo. Rivacoba y Rivacoba, Manuel de. 1974. “El ordenamiento jurídico”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, p. 181. En el mismo sentido, Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 313-314.

⁶ En este sentido, dicho fundamento común viene a ser la Constitución política, de la cual deriva y se proyectan las diversas fuentes y normas. Por su parte, la coherencia exige la ausencia de contradicciones entre los preceptos que integran un mismo ordenamiento, así como la existencia de un conjunto de criterios que permitan superar estas eventuales antinomias. A su vez, la integridad demanda la existencia de normas que permitan disciplinar el vasto conjunto de materias jurídicamente relevantes, en base a un criterio de plenitud hermética, que exige a la autoridad judicial el deber de resolver aún ante la ausencia de ley, debiendo recurrir a métodos de integración.

⁷ Vid. Bobbio, *Teoría*, cit. nota n. 1, pp. 152 y ss.

⁸ Así como para establecer de las fuentes de la cual emanan las aguas de un río o manantial, lo mismo sucede con el derecho, es decir, de donde emana o fluyen las normas jurídicas.

⁹ Con esto delimitamos el alcance con que utilizaremos la expresión fuentes del derecho, la cual es de conocido carácter polisémico. Sobre los diversos conceptos se puede consultar Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *División y fuentes del derecho positivo*, Edeval, Valparaíso, 1968, pp. 55 y ss. y Squella, *Introducción*, cit. nota n.5., pp. 205 y ss.

ordenamiento jurídico confiere la capacidad de crear una norma. Más precisamente, y siguiendo a Ignacio De Otto, las fuentes son los *actos normativos* a los que el ordenamiento jurídico le atribuye la virtualidad de producir normas generales.¹⁰

Ahora bien, tal como hemos señalado, los conceptos de ordenamiento jurídico y fuentes del derecho están fuertemente implicados, pues una de las principales características que destacan del ordenamiento jurídico es el hecho de que regula la forma para crear nuevas normas, señalando al efecto el órgano o sujeto facultado para dictarlas, el método o procedimiento que debe seguir y el contenido material que se ha de respetar. En tal sentido, la validez de una norma reposa en las normas que el propio ordenamiento jurídico establece para regular la creación del derecho y sólo serán fuentes del derecho aquellos actos que el propio ordenamiento le otorga la virtud para crearlas. Por tal razón, bien se afirma que las fuentes del derecho son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.¹¹

En síntesis, el ordenamiento jurídico contiene las normas que regulan la creación de nuevas normas, las cuales determinan y confieren a ciertos actos la virtud de crear nuevos preceptos. Estos actos a los cuales se les reconocen tal capacidad o virtud constituyen las fuentes del derecho.

2. El derecho y la evolución del sistema de fuentes

Siendo el derecho una realidad cultural, se produce un necesario condicionamiento del mismo por los valores y estructuras sociales dentro del cual se desarrolla. Esta afirmación se ve reafirmada por el carácter marcadamente formal que representan las categorías jurídicas frente a los fenómenos sociales, políticos y económicos que se desenvuelven en las comunidades humanas y que determinan la forma de comprender y concebir el fenómeno jurídico.

Así las cosas, el derecho aparece como un fenómeno que muta o se transforma, ya sea de forma radical, como se da en las revoluciones, ya sea de forma imperceptible, lenta o evolutiva. Lo importante es tener presente que el impulso de estos cambios siempre ha de reconocer un cambio en la sociedad y en los valores que sustenta o ampara. Más aún, esta particular sensibilidad se ve resaltada en la medida que la capacidad de innovar en el ordenamiento jurídico constituye al mismo tiempo el ejercicio de parte importante del poder político y la manera de imponer determinados valores en el seno del núcleo social.

Lo dicho permite comprender los grandes cambios que ha experimentado el Derecho y su

¹⁰ De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 70.

¹¹ Bobbio, *Teoría*, cit. nota n. 1, p. 158.

sistema de fuentes en los dos últimos siglos. En efecto, la Revolución francesa significó un cambio en el orden social y político, como también en la manera de concebir el derecho y su *sistema de fuentes*, es decir, en la forma de crear normas e innovar en el ordenamiento jurídico, lo cual se sustenta en presupuestos bastante claros: El derecho que surge de la Revolución francesa es manifestación de la asunción del poder por parte de la burguesía y el establecimiento de las bases políticas, económicas y sociales que permitieron configurar un ordenamiento jurídico que garantizará la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica. En definitiva, el nuevo sistema se construye sobre la base del denominado individualismo jurídico, apoyado con fuerza en el iusnaturalismo racionalista, el cual se expresa en la confianza en la *razón humana* como el instrumento capaz de lograr la transformación social y un orden social justo.

De esta forma, la costumbre y la jurisprudencia —fuentes que reinaron bajo el Antiguo régimen— pasan a un lugar secundario, y se eleva como principal fuente del derecho a la Ley, que es expresión de la razón y de la voluntad general. El nuevo orden lleva a pensar que “el mismo papel que desempeña la ley científica en el mundo del espíritu lo desempeña la ley jurídica en el mundo del Estado”¹². Comienza una nueva era, en donde se consagra el principio del imperio de la ley con pretensión de exclusividad en el universo de las fuentes: el derecho es la ley y la ley es el derecho.

Pero no sólo el tema queda limitado a la sustitución externa de un orden por otro, pues su proyección es mucho más amplia. Es una nueva cosmovisión de la relación que tiene el hombre, la sociedad y el Estado. Como bien lo destaca Eduardo Aldunate, “el Estado de Derecho tiene por objeto asegurar la libertad de los individuos (y todos sus derechos), pero esta libertad se encuentra en una relación dialéctica con la ley”¹³. Corresponde al legislador regular y establecer los límites a los derechos y libertades de las personas, la cual siempre actuará dentro de las bases ideológicas del Estado de Derecho. Esta es la razón que los autores denominen a este período del Estado legislativo o legal de Derecho.¹⁴

El nuevo orden jurídico se construye sobre estos pilares ideológicos, lo cual le otorga sus características externas más clásicas: sus normas tendrán un origen fundamentalmente estatal; estas serán generales, abstractas y permanentes; siendo un conjunto acotado de preceptos, lo cual garantizará su unidad formal u homogeneidad.¹⁵

¹² García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 7ª ed., 1961, p. 70.

¹³ Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Legalpublishing, Santiago, 2008, p. 66.

¹⁴ En tal sentido, Schmitt, Carl, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Munchen, 1932, p. 29-30, denomina este período como del Estado legislativo, en la medida que el legislador debe mantener en sus manos el monopolio de la legalidad. Por su parte, Belaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, T. I, 1991, p.25, utiliza la expresión de Estado legal de Derecho, que es más gráfica y permite distinguirlo del posterior Estado constitucional de Derecho. En la misma línea Aldunate *idem*.

¹⁵ En efecto, la calificación de norma jurídica va a depender de su origen, esto es, que emane de algunos de los

La estructura normativa clara y sencilla del Estado liberal (o Estado legislativo de Derecho), se ve alterada por los profundos cambios económicos y sociales que se experimentan en el último tercio del siglo XIX, los cuales comienzan a socavar las bases jurídicas del liberalismo a través de una legislación más pródiga, contingente y fragmentada, unido a un rol más activo del poder ejecutivo. El Estado asume como principal línea de conducta la eficacia de su acción, aspirando a modificar y conformar unas estructuras sociales y económicas de gran poder, tratando de garantizar prestaciones sociales mínimas y tender a una efectiva igualdad social. Para tal efecto, deberá hacer uso de diversos instrumentos, uno de los cuales serán las normas positivas, las cuales pasan a constituir una de las principales herramientas del poder político para instaurar este nuevo orden.¹⁶

El afinado ordenamiento jurídico liberal comienza a experimentar de forma súbita un crecimiento que lleva a su hipertrofia, llegando a constituir una masa inasible y gigantesca. En palabras de García de Enterría y T. Ramón Fernández “el cambio normativo es, pues frenético. El legalismo desenfrenado, volcado a una inestabilidad permanente. Ninguna posibilidad de confiar en una conclusión o retoque último, al menos provisionalmente, que permita suspender por un tiempo la promulgación de unas nuevas normas, ninguna esperanza de una “codificación” que consagre un cuerpo normativo completo y cerrado que elimine las iniciativas normativas casuísticas e indefinidas”¹⁷. Así, se acuña por Carl Schmitt la expresiva frase de “legislación motorizada” (*motorisierte Gesetzgebung*).¹⁸

El ordenamiento jurídico cambia el centro de gravedad en el origen de las normas al interior del Estado, desde el poder legislativo al ejecutivo, que absorbe buena parte de la producción normativa (iniciativa e intervención en el proceso legislativo, legislación delegada, reglamentos, etc.). Además, dentro del Estado se produce —en palabras de Santamaría Pastor— una auténtica metástasis de centros públicos de producción normativa (municipalidades,

órganos del Estado a los cuales la Constitución le otorga potestad normativa. Al mismo tiempo, las normas se conciben como pautas abstractas y permanentes de las conductas sociales, con la finalidad de conformar a la sociedad, de manera que la voluntad general —si ha de garantizar la igualdad— no puede tener un objeto particular o concreto. Por último, los productos normativos que emanan de los órganos del Estado reconocen una sola especie de categoría: del Parlamento emanan leyes; mientras que del Gobierno reglamentos. En tal sentido, vid. Santamaría Pastor, *Fundamentos*, cit. nota n. 4, pp. 301-302.

¹⁶ Se ha sostenido que el cambio del Estado absoluto por el Estado liberal sólo fue una sustitución de la antigua oligarquía nobiliaria por una oligarquía burguesa. Sin embargo, el cambio que se produce en el último tercio del siglo XIX aparece con una mayor repercusión, en la medida que el cambio económico, producto de la industrialización y los progresos en la explotación agrícola y ganadera, conllevan un cambio social significativo, con el aumento de la población en los núcleos urbanos y el surgimiento de una nueva clase obrera o proletaria, lo cual repercute en el plano político, con el acceso al poder de nuevos sectores sociales. En una suerte de efecto dominó, esto se ha de materializar en las nuevas formas jurídicas que adopta el Derecho.

¹⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, Tomo I, 9ª ed., p. 75.

¹⁸ Schmitt, Carl, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Internat. Univ.-Verlag, Tübingen, 1950, p. 20.

servicios públicos, entidades fiscalizadoras, etc.)¹⁹. Esto hace que la ley pierda su carácter general, abstracto y permanente, dando lugar a una forma legal contingente y temporal, conocida en la denominación alemana de *Massnahmegesetz* o leyes de medidas. Así las cosas, se pierde la unidad formal, en la medida que se configuran distintos tipos de leyes o de reglamentos, a pesar de que emanan del mismo órgano estatal.

Por último, no se puede soslayar los problemas y desafíos que plantea el modelo de Constitución normativa que se ha venido imponiendo en nuestro sistema desde fines del siglo XX, y que reconoce una tradición bastante asentada en el sistema norteamericano y más novel en los países de la Europa continental. Desde el momento en que la ley dejó de ser garantía para el Estado de Derecho y se impone a la Constitución dicha función (Estado constitucional de Derecho), comienza a plantearse una serie de dificultades en torno a la aplicación directa de sus preceptos, la constitucionalización de las diversas disciplinas dogmáticas, así como la forma que adopta la protección y obligatoriedad de los derechos fundamentales.

En definitiva, estamos frente a un ordenamiento jurídico que es fruto de diversas tradiciones, las cuales se han ido superponiendo históricamente, dejando en el camino un conjunto de categorías que se han ido acumulando en una suerte de sedimento, muchas de las cuales responden a principios diversos e, incluso, antagónicos. Por tanto, es fundamental volver sobre el tema de las fuentes y el ordenamiento jurídico con el objeto de establecer cuáles son los principios y reglas que estructuran esta realidad compleja, la que muchas veces se nos puede aparecer como una masa multiforme, pero que reconoce una suerte de *ethos* o lógica interna que garantiza su unidad.

3. La perspectiva de análisis para este estudio

Expuesto el problema y habida cuenta de la relevancia del mismo, corresponde precisar cuál será el método que seguiremos para su análisis. En primer término, cabe señalar que los problemas fundamentales que plantea el ordenamiento y la norma jurídica han sido objeto de un estudio acabado por parte de la teoría general del derecho, la cual entrega importantes categorías e instrumentos de análisis. Sin embargo, este estudio no pretende formular una teoría general sobre el ordenamiento jurídico, sino establecer cuáles son los principios y reglas que estructuran un ordenamiento jurídico concreto y determinado, en este caso el ordenamiento jurídico chileno. Esto determina que el análisis será fundamentalmente dogmático, en la medida que estará vinculado a un ordenamiento singular y a las normas positivas que lo integran.

Por lo demás, esta forma de enfrentar el estudio y análisis de los problemas que plantean

¹⁹ Santamaría Pastor, *Fundamentos*, cit. n. 4, p. 305.

los ordenamientos jurídicos comparados ya ha sido asumido en el derecho comparado por diversos autores, particularmente en Alemania, Italia y España, en donde se ha experimentado una evolución similar, especialmente en lo que dice relación con el efecto normativo de la Constitución. No obstante lo anterior, siempre se ha de tener el cuidado de evitar la introducción de soluciones jurídicas novedosas construidas a partir de ordenamientos jurídicos diversos, en la medida que el sustento de tales conclusiones puede ser radicalmente diverso al nuestro.

Cabe señalar, por lo demás, que el tema de las fuentes no ha estado ajeno al análisis de nuestros juristas, como dan cuenta los tempranos trabajos que se publicaron tan pronto se dieron a conocer los principios e ideas matrices que inspiran la nueva Constitución, así como el contenido íntegro de los preceptos que fueron plebiscitado en el año 1980²⁰. Sin embargo, la pretensión de este estudio es dar una visión diversa a la que tradicionalmente ha seguido nuestra doctrina sobre la materia, centrado en el análisis particular o parcelado de cada una de las fuentes, con el objeto de resolver los problemas singulares que presentan.

Por nuestra parte, no pretendemos cuestionar dicho método ni la validez del mismo, sino que cambiar de perspectiva, ascendiendo de manera de obtener una visión global o panorámica del sistema de fuentes, para establecer los criterios, principios y reglas que nos permitan, en un descenso posterior, enfrentar y resolver dichos problemas, teniendo siempre a la vista lo dispuesto en nuestro derecho positivo.

4. La evolución del sistema de fuentes en el derecho chileno

Nuestro país no estuvo ajeno a los procesos históricos descritos. Da cuenta de ello el hecho de que durante el siglo XIX se dio a luz a un ordenamiento jurídico inspirado en el liberalismo e individualismo jurídico, lo cual se manifiesta fundamentalmente en la codificación civil, sin perjuicio de los preceptos contenidos en las Constituciones de la época. Así, nuestro derecho respondía a la forma más clásica y simple de fuentes positivas: Constitución, ley y reglamento.

Sin embargo, los inicios del siglo XX marcan un cambio de bulto respecto del sistema de

²⁰ Sin embargo, la doctrina se abocó a analizar los aspectos normativos a partir de las disposiciones infraconstitucionales, especialmente la relación entre ley y reglamento. Así, en el año 1980 en el marco de las X Jornadas de Derecho Público, el profesor Guillermo Schiessler Quezada se ocupó del tema en una ponencia titulada "Algunas cuestiones técnico- jurídicas relativas a la potestad reglamentaria presidencial en el marco de una nueva institucionalidad", *X Jornadas de Derecho Público*, Edeval, Valparaíso, 1980, pp. 177 y ss., respecto de las cuales profundizaron posteriormente Bulnes Aldunate, Luz. 1982. "Leyes de bases y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980", *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, No. VI, pp. 133 y ss. y Cea Egaña, José Luis. 1984. "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, Nos. 2-3, pp. 430 y ss.

fuentes vigente en nuestro derecho, el cual experimenta un notable crecimiento y complejidad. Los factores que determinaron este fenómeno son conocidos (crecimiento industrial, surgimiento de la clase obrera, desarrollo de la legislación social y la intervención decidida del Estado en las relaciones sociales). En el plano jurídico se traduce en la mayor importancia que adquirió el Poder ejecutivo en la producción de normas, tanto en el proceso legislativo como en la dictación de preceptos con rango de ley (legislación delegada) y administrativas (reglamentos, circulares, instrucciones, resoluciones, etc.). Más aún, el desenfreno en la producción normativa dio lugar al quiebre de la unidad formal de los tipos normativos tradicionales (Constitución, ley y reglamento), surgiendo nuevas categorías, como las leyes interpretativas de la Constitución, los decretos con fuerza de ley, a las cuales se agregan los decretos leyes asociados a los gobiernos de facto. Por último, el paulatino proceso de descentralización extendió los poderes normativos a entidades diversas del Estado central, partiendo por las instituciones más tradicionales de la Administración, como son las municipalidades, llegando a diversas entidades administrativas que ejercen labores de control y fiscalización (Servicios de Impuestos Internos, Superintendencias, Banco Central, Contraloría, etc.).

El panorama de las fuentes es claramente complejo, en la medida que se superpone a un sistema que responde a la tradición liberal decimonónica toda una batería de normas de diversa naturaleza y carácter que se inspira en una tradición distinta, incluso antagónica, a la anterior. En definitiva, y parafraseando a Stammler, bien podríamos decir que estamos ante una “masa confusa y caótica” de normas que exige cierto orden y estructura para su comprensión y aplicación definitiva.

En este estado de cosas, la Constitución de 1980 asume un reordenamiento del sistema de fuentes y de las competencias normativas. En tal sentido, fortalece el poder normativo de la autoridad presidencial y se encarga de regular algunas normas generadas por prácticas constitucionales desarrolladas durante la vigencia de la Carta de 1925.

Esta nueva estructura se puede resumir en las siguientes premisas:

Primera:

La Constitución de 1980 delimita la competencia normativa entre el legislador y el Presidente, quien la ejerce a través de su potestad reglamentaria.²¹

Segunda:

Acto seguido y, producto de este deslinde competencial, surge un principio básico en la delimitación de los poderes normativos: el principio de reserva de ley, en cuya virtud se cataloga

²¹ Arts. 32 N° 8 (actual art. 32 N° 6) y 60 (actual art. 63).

un conjunto de materias considerando su relevancia y se entrega al legislador su regulación exclusiva, como ocurre en el caso de los derechos constitucionales.²²

Tercera:

Dentro del ámbito de la ley, el Constituyente ha establecido la existencia de diversos tipos de leyes, diversificando la producción legislativa: leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes ordinarias, que deben regular este espacio de reserva. En el mismo sentido, existe una nueva delimitación de competencias entre los diversos tipos de leyes en razón de la materia, dejando un espacio o competencia residual a la ley ordinaria.²³

Cuarta:

Terminada esta construcción básica, comienza la inserción de otras fuentes, como ocurre con los Tratados Internacionales, la legislación delegada y la potestad reglamentaria, aunque sería bajo la forma de ejecución, tal como lo señala la doctrina y la jurisprudencia²⁴.

En términos generales, esto se puede describir de la siguiente forma:

- a) Los Tratados Internacionales serán aprobados por el Congreso considerando el procedimiento propio de una ley.²⁵
- b) La delegación legislativa abre las puertas para que el Presidente de la República pueda regular por la vía de un decreto materias propias de ley, estableciendo una serie de limitaciones desde el punto de vista del procedimiento, la materia y los plazos, encauzando una antigua práctica constitucional.²⁶
- c) Por último, respecto de las normas infralegales, permite que a través de los reglamentos presidenciales se puedan ejecutar los mandatos de la ley, sin perjuicio de la posibilidad de regular las materias ajenas a la reserva legal. Por su parte, también hace mención a la potestad reglamentaria que corresponde a las Cámaras legislativas y del Consejo de Seguridad Nacional. Sin embargo, las normas emanadas de otros órganos administrativos

²² Art. 60 (actual art. 63), en especial el numeral 2°.

²³ Arts. 60 (actual art. 63) y 63 (actual art. 66).

²⁴ No corresponde en este momento ahondar en las diferencias que existen entre la potestad reglamentaria autónoma y de ejecución. Sin perjuicio de lo cual debemos señalar que en nuestra opinión tal distinción no existiría en nuestro ordenamiento jurídico. Vid. Cordero Quinzacara, Eduardo. 2009. "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria", *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, 32, 1er semestre, pp. 409 y ss.

²⁵ Art. 50 N° 1 (actual art. 54 N° 1).

²⁶ Art. 61 (actual art. 64).

no son mencionadas expresamente, como ocurre con las ordenanzas locales o las circulares.²⁷

Esta nueva estructura del sistema de fuentes fue implantada de forma paulatina, pues consideró un período de transición entre el 11 de marzo de 1981 y el 11 de marzo de 1990, fecha en que comenzó su vigencia plena. Durante dicho período el Congreso Nacional se mantuvo en receso y la potestad legislativa fue radicada en la Junta de Gobierno.²⁸

Ahora bien, en el intertanto se conservaron algunas prácticas vigentes bajo la Carta de 1925 y asumidas en el período del gobierno militar entre los años 1973 a 1981, muchas de las cuales no se correspondían con el sistema previsto en la nueva Constitución²⁹. De hecho, la forma de entender y aplicar el nuevo sistema de fuentes por los operadores jurídicos estuvo lastrada por estas prácticas hasta bien entrada la década de los 90, algunas de las cuales fueron lentamente erradicadas, especialmente por la labor que le correspondió cumplir al Tribunal Constitucional.³⁰

A partir de 1990 comienzan a alumbrar los problemas propios de un sistema normativo en donde confluyen diversas tradiciones, en donde la disincronía en la integración de sus elementos da pie a una eventual disintonía de los mismos. Los problemas que plantean este nuevo orden pueden ser resumidos en los siguientes puntos:

a) La irrupción de la Constitución normativa.

El carácter normativo de la Constitución y sus efectos ha sido objeto de un estudio y reflexión acabada en los ordenamientos comparados, particularmente en Alemania, Italia y España. Se reconoce que la Constitución no sólo es un texto político, sino también un cuerpo normativo cuyos preceptos son directamente aplicables y justiciables, reconociéndole una

²⁷ Arts. 32 N° 8 (actual art. 32 N°6); 53 (actual art. 56), y 96 (actual art. 107). Cabe hacer presente que la producción legislativa de la Junta de Gobierno se vió acelerada a partir del año 1986, especialmente con la dictación de las Leyes orgánicas constitucionales, lo cual llegó a su máxima expresión en sus últimos meses de gobierno. Por su parte, también fueron importantes los DFL dictados por el ejecutivo al poco tiempo de entrada en vigencia de la Constitución y que regularon importantes sectores económicos.

²⁸ Vid. Disposiciones décimo cuarta y décimo octava del texto original de la Constitución de 1980.

²⁹ Primeramente señalemos que es lugar común en la doctrina y la jurisprudencia entender que la Constitución es ante todo un texto político antes que normativo. Así, rescatando la vieja visión decimonónica, se coloca a las normas legales en el centro del sistema, ya sea bajo la forma de decretos leyes o decretos con fuerza de ley. A su vez, el recurso a las normas reglamentarias es reiterado, al punto de mantenerse en la idea de los operadores jurídicos que una ley no se aplica mientras no sea reglamentada.

³⁰ Un buen ejemplo de esto lo constituyen los DFL, muchos de los cuales regularon durante el período de transición derechos constitucionales, materias que de acuerdo al texto expreso de la Constitución no podrían ser objeto de delegación legislativa (art. 61, actual art. 64 CPR).

efectiva fuerza normativa. Esta situación no debería haber sido distinta respecto de lo que ocurría en nuestro derecho, sobre todo si la doctrina y la jurisprudencia reconocían el carácter de norma suprema y fundamental de la Constitución. Sin embargo, en la práctica esto no era así.³¹

La situación cambia radicalmente en Chile a partir de la creación de mecanismos jurisdiccionales destinados a tutelar los derechos fundamentales en forma amplia³² o, en su caso, a garantizar el principio de supremacía constitucional³³. Esto es lo que se ha denominado una verdadera “revolución silenciosa”, al existir un ordenamiento jurídico jerarquizado con efectiva traducción práctica y la existencia de medios para hacerlos efectivos.³⁴

Por tanto, y recogiendo las palabras de Kamel Cazor, “en la actualidad la Constitución además de norma primaria, presenta la característica de ser una norma inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado, los cuales necesariamente deben someter su acción a ella. De la misma forma, reconoce derechos que son inmediatamente operativos, de eficacia plena, aun cuando el legislador los haya regulado”.³⁵

Esta nueva circunstancia incide sustancialmente en el estudio del sistema de fuentes. A partir de ahora, la Constitución no sólo pasa a ser el fundamento teórico de validez de todo el ordenamiento jurídico, sino que efectivamente toma esta posición en el sistema porque así lo conciben, entienden y comprenden los diversos operadores jurídicos.

b) La competencia normativa: Ley y reglamento.

³¹ Como bien señala Ramón Domínguez Aguila, “hasta hace unos veinte años, jamás los abogados en Chile requeríamos el uso de la Constitución en nuestros casos, así no fueren penales. Estamos seguros que la mayor parte de los textos de la Constitución de 1925 que aún existen en las bibliotecas de abogados, están casi nuevos. Y ello, porque el texto de la Constitución era requerido mientras estudiábamos primer año de derecho en las cinco facultades entonces existentes; pero luego la única institución práctica contenida en ella que era requerida en los casos, porque era aplicable directamente, no necesitaba del recurso al texto constitucional pues está reglamentado en el Código de Procedimiento Penal: el recurso de amparo”. Cfr. Domínguez Aguila, Ramón, *La constitucionalización del Derecho, en 20 años de la Constitución Chilena. 1981-2001*, Conosur, Santiago, 2001, p. 30.

³² El inicio está marcado por el Acta Constitucional N°3, que en el año 1976 introduce en nuestro ordenamiento jurídico la acción constitucional de protección, hoy contenida en el art. 20 CPR.

³³ En este caso nos referimos a la creación de una jurisdicción constitucional más coherente e íntegra, la cual se ha consolidado en manos del Tribunal Constitucional a partir de la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 de 2005.

³⁴ Domínguez, *La Constitucionalización*, cit. nota n. 31, pp. 41-42. También se puede consultar Soto Kloss, Eduardo. 1986. “Diez años de recurso de protección. Una revolución silenciosa”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 83, primera parte, septiembre-diciembre pp. 157 y ss.

³⁵ Cazor Aliste, Kamel, “El fenómeno de la constitucionalización del Derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales”, en *La Constitucionalización del Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2003, p. 43.

La determinación del ámbito de competencia que corresponde a la ley y el reglamento es un problema de antigua data. La Constitución de 1980 se hace cargo de esta cuestión estableciendo las materias de dominio o reserva legal³⁶. Por su parte, se atribuye al Presidente de la República la potestad reglamentaria con el objeto de regular aquellas materias que no sean de dominio legal (figura que se conoce como reglamento autónomo³⁷), sin perjuicio de que pueda dictar las normas que estime necesarias para la ejecución de las leyes (reglamento de ejecución).³⁸

Así, la forma en que el Constituyente distribuye los poderes normativos entre el poder legislativo y el ejecutivo parece ser simple y clara. Sin embargo, al momento de aplicar estos criterios la realidad nos revela más de una dificultad. En primer término, el Constituyente utiliza conceptos jurídicos indeterminados para establecer las materias de ley, lo cual crea una frontera demasiado ambigua en su relación con los denominados reglamentos autónomos, al punto de vaciar de contenido a estos últimos³⁹. A su vez, también la figura de los llamados reglamentos de ejecución plantea algunos problemas de no fácil solución, pues tampoco es claro el límite que existe entre la función de regulación que corresponde al legislador y la labor de ejecución que corresponde al reglamento. En otros términos, hasta dónde el legislador debe regular una determinada materia que le reserva la Constitución y dónde comienza la función de ejecución, complemento o desarrollo del reglamento.

c) Las Leyes interpretativas.

La regulación en la Carta de 1980 de un tipo especial de ley destinada a establecer el sentido de sus preceptos ha significado un reconocimiento de una práctica parlamentaria gestada bajo la Constitución de 1925 y que reconocía algunos antecedentes en la anterior Carta de 1833. Sin embargo, el hecho de encontrarse prevista en la Constitución los aspectos vinculados al procedimiento y quórum de aprobación, ha significado una escasa vigencia práctica de la misma (desde 1980 sólo se ha dictado una ley interpretativa de la Constitución), hecho que se ha acentuado por la degradación de los procesos de reforma, pues aparece como una alternativa igual de gravosa y más conveniente de llevar adelante este procedimiento antes que la interpretación por la vía legal. Así las cosas, cabe preguntarse sobre el sentido e importancia actual que tendrían este tipo de leyes.

d) Los diversos tipos de leyes. Relaciones y conflictos.

³⁶ Artículo 63 CPR.

³⁷ Vid. Nota 24.

³⁸ Artículo 32 N° 6 CPR.

³⁹ Buen ejemplo de lo dicho lo constituye el art. 63 N° 20, el cual establece que “sólo son materias de ley: Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

La Constitución ha diversificado los tipos de leyes en cuatro categorías: leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes ordinarias. Hay diversos factores que determinan esta separación: quórum, procedimiento y materia. Ahora bien, nuevamente, a pesar de la claridad con que el Constituyente establece estos criterios distintivos, lo cierto es que en su aplicación se plantean dificultades al momento de calificar una determinada materia dentro de alguna de estas categorías de leyes. Más aún, dicha calificación resulta fundamental para poder establecer las condiciones formales que deben cumplir, so pena de adolecer de algún vicio de constitucionalidad en caso de que no se respeten. Sin embargo, las consecuencias no son sólo jurídicas, sino también políticas, en la medida que cada tipo de ley está sujeto a diversos quórum de aprobación, lo cual otorga un rol relevante o secundario a las minorías parlamentarias dependiendo de la materia que vaya a regular y el quórum de aprobación que se exija.

Por último, no se debe olvidar un punto central que trae aparejado la diversificación de los tipos legales, que son las posibles antinomias o contradicciones que puedan presentarse entre ellas. ¿Cómo es posible resolverlas? ¿Se puede recurrir a las soluciones clásicas que entregan los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad?

e) El principio de reserva de ley.

La reserva de ley constituye un principio clásico del constitucionalismo y que se conserva hasta nuestros días. Es natural, por tanto, que la Constitución de 1980 consagrara este principio estableciendo un catálogo de materias que sólo pueden ser reguladas por ley (art. 60 CPR, actual art. 63). El problema aflora ante la imposibilidad material que tiene el legislador para poder regular de forma eficaz y oportuna todas las conductas sociales, con lo cual se desarrolla la tendencia de abrir las puertas a la regulación de estas materias a través de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. En definitiva estamos ante el conflicto que se plantea entre la virtualidad teórica de un principio y la eficacia práctica del mismo. Esto se traduce, en términos jurídico-constitucionales, en el alcance que tendrá el principio de reserva legal: absoluta o relativa.

f) La legislación delegada.

La legislación delegada en Chile comprende dos modalidades: los decretos con fuerza de ley (delegación recepticia), y el reglamento (delegación no recepticia). En el primer caso, la decisión de afrontar su regulación por la Constitución (art. 64 CPR) ha disminuido considerablemente las posibilidades de regulación material bajo esta modalidad, disminuyendo, a su vez, su importancia práctica. Por su parte, el segundo caso aparece estrechamente vinculado a la solución que se dé al problema de la reserva legal, cuestión ya anunciada en el punto anterior, lo cual ha dado lugar a una jurisprudencia no del todo satisfactoria.

g) Otras normas administrativas: circulares, instrucciones y resoluciones.

Para cerrar esta primera parte, debemos señalar que existe un número importante de normas que emanan de autoridades administrativas distintas del Presidente de la República y que no reconocen fuente directa en la Constitución, como ocurre con las circulares, instrucciones y resoluciones de diversos servicios públicos, las cuales también plantean conflictos normativos relevantes respecto de preceptos legales y reglamentarios de no fácil solución.

Ahora bien, los siete puntos ya mencionados deben ser examinados teniendo a la vista la modificación constitucional realizada en 1989 por la Ley N° 18.825 y en 2005 por la Ley N° 20.050, las cuales han dado pie para mirar desde una nueva perspectiva el sistema de fuentes, especialmente en lo que dice relación con tres materias relevantes:

- i) A partir de la reforma constitucional de 1989 a través de la Ley N° 18.825 se ha planteado la discusión respecto de la jerarquía de los tratados internacionales que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 5 inciso 2° CPR. Ahora bien, lo cierto es que los tratados internacionales para que constituyan derecho vigente en Chile han de someterse a las normas constitucionales que rigen al efecto, especialmente el art. 54 N° 1, pero el problema se presenta una vez que han entrado en vigencia, pues comienza una discusión respecto de su ubicación y jerarquía en el ordenamiento jurídico respecto de la Constitución y las leyes. Por su parte, la Reforma de 2005 le ha dado un nuevo sentido a los tratados internacionales, que bien pueden llegar a constituir una fuente autónoma del derecho nacional no cubierto bajo la naturaleza de una ley, lo que implica una nueva forma de afrontar los temas de validez y las antinomias que estas normas pueden presentar, especialmente en su relación con la Constitución y las normas legales;
- ii) El carácter menos agravado y solemne del proceso de reforma constitucional ha convertido a la Carta fundamental en una verdadera especie o tipo de ley, con la particularidad que estaría sometida a un quórum de aprobación más elevado, característica de la cual puede gozar cualquier texto normativo que disponga de un amplio consenso en su aprobación. Así, no es posible distinguir en el plano formal la Constitución de la Ley; y
- iii) Por último, se introduce una figura especialísima de decreto con fuerza de ley, destinado a mejorar aspectos de técnica legislativa bajo la forma de textos refundidos, coordinados y sistematizados, a pesar que por esta vía se disminuye su importancia cualitativa en el sistema de fuentes.

2. La Constitución como fuente del derecho

2.1. Eficacia directa de la Constitución

La Constitución es una norma jurídica y, por tanto, es vinculante y obligatoria respecto de sus destinatarios. Ahora bien, el problema del carácter normativo de la Constitución es tratar de establecer si ésta obliga a toda persona, institución o grupo social, de manera que debe ser aplicada judicialmente (eficacia directa); o vincula sólo al legislador, el cual tiene el deber de desarrollar los preceptos previstos en la Carta fundamental, dentro del margen que ella establece, a fin de que pueda ser aplicado por los demás órganos del Estado (eficacia indirecta). Es claro que la Constitución nos indica cuáles son las fuentes primarias del derecho, pero ¿es también la Constitución una fuente del derecho?⁴⁰

En ambos casos estamos en presencia de una Constitución normativa, aunque la diferencia en cuanto a sus efectos es radical, especialmente en la forma que adopta la aplicación de los preceptos constitucionales y la adecuación del ordenamiento jurídico a los mismos. En el primer caso, los jueces al adoptar sus decisiones deben aplicar los preceptos constitucionales directamente; pueden determinar la constitucionalidad o no de un precepto legal, inaplicándolo para el caso particular, así como limitar su sentido y alcance para que guarden una mayor conformidad con el orden constitucional. Más aún, los derechos y libertades reconocidos a las personas gozan de una eficacia inmediata y no están sujetos a su desarrollo legislativo. A su vez, el juez debe aplicar la Constitución aun cuando el legislador o el órgano encargado del control de constitucionalidad no haya actuado o lo haya hecho de forma deficiente.

En el segundo supuesto, la vigencia y operatividad de la Constitución estará mediada por la labor que realice el legislador, al cual corresponde dar forma y contenido a sus diversos preceptos. En este caso, la Constitución tendrá como instrumento de aplicación al legislador, el cual determinará la forma cómo deberán actuar los órganos del Estado para asegurar su cumplimiento. Pero también, junto al legislador, debe existir un órgano que vele por el respeto de los cauces establecidos en la Carta fundamental, es decir, por el control de constitucionalidad. De esta forma, el legislador y el órgano de control de constitucionalidad son los responsables de la aplicación de la Constitución a los demás órganos del Estado y los particulares.

La opción por uno y otro modelo está estrechamente unida a la forma de comprender o conceptualizar a la Constitución. Si se entiende que la Carta fundamental tiene por *objeto* regular la creación de nuevas normas jurídicas, necesariamente sus preceptos sólo serán vinculantes para el legislador, el cual deberá desarrollarlos y así velar por la

⁴⁰ En esta parte seguimos a De Otto, *Derecho Constitucional*, cit. nota n. 10, pp. 76 y ss.

aplicación y operatividad de la norma fundamental. Por el contrario, si entendemos que la Constitución es una norma jurídica de mayor *jerarquía*, esta debe ser aplicada directamente por los jueces a los casos particulares, reconociendo derechos y libertades a las personas que pueden ser alegados y bases de pronunciamiento por parte de la jurisdicción ordinaria.

Nuestra Constitución optó claramente por el modelo de la eficacia directa. Tal conclusión se deriva de lo dispuesto en el art. 6° al disponer que: “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”.

En tal sentido, nuestra Carta fundamental no sólo es la norma que regula de forma para producir nuevas normas jurídicas, sino que integra aquel derecho que tiene la capacidad de incidir en las relaciones jurídicas concretas sobre las cuales deberán pronunciarse los jueces de la instancia. La Constitución es fuente del derecho y son destinatarios de sus preceptos toda persona o sujeto de derecho, sea público o privado. Como señala el citado art. 6°, la Carta fundamental es obligatoria para todos los órganos del Estado, los titulares o integrantes de dichos órganos, como toda persona, institución o grupo.

No cabe duda que en esta labor todo operador jurídico, especialmente los jueces, tendrán como premisa de sus decisiones lo dispuesto en la norma fundamental. A su vez, al momento de interpretar las normas que integran el ordenamiento jurídico deberán darle el sentido y alcance que más conforme parezca con la Carta fundamental. Sin embargo, al momento de juzgar la constitucionalidad de alguna norma, no podrá sin más declarar su disconformidad con la Constitución e inaplicarla, pues al efecto se han establecido algunas reglas especiales que obligan a matizar sobre el punto. En primer término, una norma que sea contraria a la Constitución debe salir del ordenamiento jurídico. La forma en que se produce esta salida puede variar, considerando el momento de vigencia de la norma en relación con la Carta fundamental, lo cual puede determinar su *derogación o nulidad*. Así, si la norma es previa y ha devenido en inconstitucional, es claro que la solución será la derogación de la misma, cuya declaración corresponde a todo órgano llamado aplicar el derecho, como son los jueces de la instancia, en la medida que constatan una consecuencia jurídica que ya se ha producido. En cambio, si la norma es *postconstitucional* esta posibilidad se ve fuertemente restringida, en la medida que la competencia al efecto queda radicada en el Tribunal Constitucional, tanto para constatar la derogación como para inaplicar la norma legal o anularla, en su caso. A su vez, el juez de la instancia puede plantear sus reparos al respecto, pero deberá colocar los antecedentes ante el Tribunal Constitucional a fin de que se dirima sobre la aplicación o no del precepto legal.

2.2. Derogación e inconstitucionalidad sobreviniente

La unidad no sólo se traduce en garantizar la validez de las normas que integran el ordenamiento jurídico, así como la interpretación de las mismas conforme a la Carta fundamental. Desde una perspectiva negativa, la existencia de normas que sean contrarias a la Constitución, ya sea en su contenido o forma, son inconstitucionales y deben quedar fuera del sistema.

Como bien se puede apreciar, este efecto es propio de la mayor jerarquía que tiene la Constitución dentro del ordenamiento y se expresa a través del principio de supremacía constitucional forjado en los albores del Estado de Derecho. Para tal efecto, el propio ordenamiento prevé los mecanismos destinados a garantizar la mayor jerarquía de la Constitución y su supremacía respecto de las restantes normas, siendo el más extendido el de la jurisdicción constitucional.

Se ha de tener presente que la validez y constitucionalidad de las normas no es un problema reservado a la ley, a pesar de que a este respecto se hayan planteado los tópicos de mayor interés. De hecho, existen varias normas que guardan una vinculación directa con la Constitución y hacen descansar en ésta su validez, como ocurre con los reglamentos presidenciales o los autos acordados. Por tal razón, el propio Constituyente se ha encargado de extender su control a este tipo de preceptos.

Sin embargo, no existe en la doctrina una solución uniforme respecto de los problemas que plantea la constitucionalidad de las leyes en relación con las otras normas, lo cual queda de manifiesto en dos aspectos:

- a) La forma que adopta en control de constitucionalidad. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia aboga por un sistema de control de constitucionalidad concentrado de las leyes, posición que se ve reforzada después de la Reforma constitucional de 2005, la cual radicó el control preventivo y represivo de las leyes en manos del Tribunal Constitucional. Sin embargo, una parte minoritaria sostiene —con buenos argumentos— que el principio de supremacía constitucional debe ser aplicado por todos los órganos del Estado, tal como lo prescribe el art. 6 CPR, de manera que al establecer la inconstitucionalidad de un precepto legal, deben abstenerse de aplicarlo y estar a lo que dispone la Carta fundamental⁴¹.

La opinión mayoritaria está por mantener la unidad del sistema de control de constitucionalidad como mejor garantía de seguridad jurídica y de uniformidad de criterio al

⁴¹ Entre otros *vid.* Martínez Estay, José Ignacio, “Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional”, en *La Constitución Reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 457 y ss.

momento de resolver estos asuntos. No obstante, esta posición también encierra cierto formalismo, en la medida que la constatación y declaración de inconstitucionalidad estará sujeta a los supuestos y ritualidad de la jurisdicción constitucional concentrada, mientras que en el intertanto la norma inconstitucional continuará produciendo sus efectos.

Sea como fuere, esta discusión no se plantea respecto de otras normas, como los reglamentos presidenciales, los cuales pueden ser declarados inconstitucionales e ilegales no sólo por el Tribunal Constitucional, sino también por la Contraloría General de la República y los Tribunales de la instancia.

- b) La derogación de las normas preconstitucionales. La dinámica del ordenamiento jurídico puede llegar al extremo de que su norma fundamental puede ser sustituida o reformada. En este supuesto, la nueva Constitución asumirá la función que correspondía a la anterior, proyectando su fuerza normativa a todas las normas que integran dicho ordenamiento. Sin embargo, el problema es determinar en qué situación quedan las normas anteriores a la Constitución cuyo contenido no es compatible con la misma. Dicho en otros términos, se produce la derogación o una suerte de inconstitucionalidad sobreviniente. ¿Cómo se ha de resolver esta cuestión?

Nuevamente el punto se ha planteado respecto de la ley, particularmente en relación a las leyes preconstitucionales. El problema no es nuevo, pues ya ha sido objeto de reflexión en el derecho alemán, italiano y español. Así, en la doctrina alemana, con autores como Alessi, han sostenido que las normas preconstitucionales y contrarias al nuevo texto constitucional no serán inconstitucionales, pero carecerán de vigencia porque estarán derogadas. Esta conclusión se obtiene a partir de la interpretación que se hace *a contrario sensu* del artículo 123 de la Ley Fundamental de Bonn. Este precepto dispone que a partir de su entrada en vigencia seguirán en vigor todas aquellas disposiciones anteriores que no contradigan lo en ella dispuesto. Esta ha sido también la posición que ha adoptado el Tribunal Constitucional Federal alemán, el cual ha declarado de forma reiterada que la Ley Fundamental se relaciona con las leyes dictadas con anterioridad a 1949 en términos de derogación y no de inconstitucionalidad, de manera que los eventuales conflictos que se produzcan deberán ser resueltos mediante los criterios clásicos de jerarquía, competencia y temporalidad. Más aún, el mismo Tribunal ha sostenido que corresponde a la jurisdicción ordinaria verificar la compatibilidad de las normas preconstitucionales con la Ley Fundamental, pudiendo inaplicarlas directamente, sean o no de rango legal.

Por su parte, la doctrina italiana sigue una posición diversa. En este sentido, Piero Calamandrei sostenía que las leyes vigentes antes de 1947 y que fuesen contrarias a la Constitución son derechamente inconstitucionales, aunque esta inconstitucionalidad sea, por razones obvias, sobrevinida. Así, sólo el Tribunal Constitucional puede determinar si una

determinada norma es o no contraria a la Constitución, sin que sea relevante el hecho de que dicha norma haya sido dictada antes o después de 1947.⁴²

°El caso español es distinto, pues la propia Constitución de 1978 dispone expresamente que «[...] quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»⁴³, de lo cual se deduce que el Constituyente español siguió en este punto la solución alemana, es decir, la derogación. Sin embargo, algunos autores, entre los que se puede mencionar a Sánchez Agesta y Ollero, han pretendido introducir la solución italiana de inconstitucionalidad sobrevenida. Por su parte, el Tribunal Constitucional zanjó el tema señalando que “[...] La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación. [...] Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.»⁴⁴

En el caso chileno, no vemos inconveniente para adoptar esta última solución, en la medida que resguarda las competencias que corresponden al Tribunal Constitucional y, al mismo tiempo, evita el excesivo formalismo de recurrir a dicho Tribunal en los casos –que no son pocos– de evidente contradicción de una norma preconstitucional con la Constitución⁴⁵. Esta ha sido, por lo demás, la solución que ha adoptado el Tribunal Constitucional al señalar que “[...] aunque la entrada en vigencia de un precepto legal sea anterior a la de la norma constitucional con la que resultaría contraria en su aplicación judicial, ello no es obstáculo para su impugnación por la vía de la acción de inaplicabilidad”⁴⁶. A su vez, la Corte Suprema ha reconocido la facultad de los jueces de la instancia para declarar la derogación de una norma preconstitucional.⁴⁷

⁴² Esta posición fue la adoptada por la Corte Constitucional italiana en su sentencia de 14 de junio de 1956 y respaldada por Calamandrei. Vid. Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, vol. III, 1962, pp. 185 y ss.

⁴³ Apartado 3° de la Disposición derogatoria.

⁴⁴ STCE 4/1981, 2 de febrero de 1981.

⁴⁵ Sobre esta materia se pueden consultar los trabajos de Díez-Picazo, Luis, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, 377 p. y Garrido Falla, Fernando, *Disposición derogatoria*, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed. 2001, pp. 2797-2802.

⁴⁶ STC Rol N° 991, de 29 de enero de 2009, considerando 5°.

⁴⁷ SCS Rol 5420-2008, de 26 de noviembre de 2008, especialmente el considerando 4°.

2.3. El principio de interpretación conforme a la Constitución

El carácter normativo de la Constitución produce, entre otros efectos prácticos, una nueva regla o principio de interpretación de las normas jurídicas, que viene a integrar los métodos que tradicionalmente se han formulado sobre la materia.

En efecto, la Constitución garantiza la unidad del ordenamiento jurídico, en la medida que es fundamento último de validez de todas las normas que lo integran. Sin embargo, la unidad no sólo se limita al tema de la validez de las normas, sino también a la unidad que debe darse a las mismas al momento de ser interpretadas. Dicho en otros términos, debe existir también unidad en el sentido y alcance de las normas.

Las modernas teorías de la argumentación jurídica reconocen la posibilidad que una norma pueda tener más de un sentido y alcance, en la medida que el pensamiento lógico formal del derecho, con la pretensión de establecer la verdad sobre el alcance de las normas, ha evolucionado hacia la dialéctica, con el objeto principal de justificar una determinada interpretación. En definitiva, las nuevas teorías de la argumentación aspiran a promover la aceptación de sus tesis antes que a demostrarlas.

En este sentido, la metodología se abre a una diversidad de perspectivas, estimulando el pluralismo. Sin embargo, este ha de reconocer como límite el dato positivo cierto, más aún si se contiene en la propia Constitución.

Por tanto, si se acepta que un precepto puede tener más de un alcance o sentido en su interpretación, el operador jurídico debe preferir aquél que se adecue o reconozca una mayor conformidad con lo prescrito en la Carta fundamental. Así las cosas, el intérprete no sólo debe estar a lo que establece la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, sino que debe garantizar que la aplicación de estas normas se ha de tener siempre presente en lo prescrito en la Carta fundamental. En buenas cuentas, la Constitución proyecta su fuerza normativa desde que la norma entra en vigencia hasta el sentido que va a tener al momento de ser aplicada.

Este principio o regla formulada originalmente por la doctrina y jurisprudencia alemana, se ha extendido por los países europeos y ha comenzado a instalarse en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, a pesar de que debe ser aplicada por todos los operadores jurídicos (jueces de letras, Corte de Apelaciones, Corte Suprema, Contraloría, etc.).

En un comienzo el Tribunal Constitucional acogió este principio bajo la forma de “sentencias interpretativas” o de “prevención”⁴⁸, para luego dejar expresa constancia de la

⁴⁸ Vid. STC Rol N° 46/1987; 50/1988; 91/1990; 141/1992; 213/1995 y 304/2000.

aplicación del principio de buscar la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución.⁴⁹

En definitiva, y como bien afirma Teodoro Ribera, “el Tribunal parte del hecho de que el legislador conoce la Ley fundamental y tiene un accionar enmarcado en sus límites, por lo que debe interpretar los proyectos de ley de manera que no estén en contradicción con la Constitución”. Así, las sentencias interpretativas se justifican “tanto desde el punto de vista de la unidad del sistema jurídico, como desde una perspectiva de la presunción de constitucionalidad del actuar del Legislador como de las normas que de él emanan”.⁵⁰

3. La Constitución y la regulación de las fuentes del derecho

La Constitución es fuente del derecho y, por tanto, una norma que se puede aplicar directamente. Pero, además, es la Carta fundamental la que nos señala los métodos o procedimientos para dictar otras normas, es decir, establece o regula la producción de nuevas normas. Es una norma de las normas.

Así las cosas, la Carta fundamental establece las bases en la regulación de las fuentes del derecho, sin perjuicio de que estas materias sean objeto de desarrollo y complemento a través de otras normas (Código Civil, Ley orgánica del Congreso Nacional, Ley orgánica del Tribunal Constitucional, etc.). En ella debemos encontrar los principios y reglas que estructuran dicho ordenamiento, atribuyendo potestad normativa, estableciendo la forma en que se vinculan las distintas normas, así como el ámbito de competencia de cada una de ellas.

3.1. Estructura del sistema de fuentes

No obstante existir una pluralidad y diversidad de fuentes, siempre es posible hablar de un ordenamiento en la medida que las normas que emanan de estas fuentes se encuentran ordenadas conforme a un plan o regla preestablecida. Como señala De Otto, “un sistema jurídico complejo presupone unas reglas, por simples que sean, que al mismo tiempo que fundamentan la pluralidad misma la articulan asignando a cada fuente una determinada posición en el conjunto.”⁵¹

⁴⁹ Vid. STC Rol N°. 463/ 2005; 521/2006, y 1209/2008, entre otras.

⁵⁰ Ribera Neumann, Teodoro. 1989. “El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho”, *Revista de Estudios Públicos*, 34, p. 225. Sobre esta materia se puede consultar a Zapata Larraín, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general*, Universidad Andrés Bello, Santiago, 2002, pp.120 y ss., y De la Cruz Millar, Alicia. 2007. “La “reserva de interpretación” en la jurisprudencia del TC”, en *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 159.166,

⁵¹ De Otto, *Derecho Constitucional*, cit. nota n.10, p. 87.

La primera regla que encontramos es el denominado *principio de unidad*, en cuya virtud las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico deben formar un todo unitario. Dicho en otros términos, un conjunto de normas jurídicas no constituye un ordenamiento sino en la medida que cada una de ellas forma parte de un todo mayor al cual se integran.

Ahora bien, establecida esta idea central, la cuestión es tratar de determinar cuál es elemento que tiene la capacidad de que las normas integren a este todo, en una suerte de factor que las aglutina o que genera un efecto magnético concéntrico de tal magnitud que nos permite sostener que estamos frente a un ordenamiento jurídico. La respuesta la debemos encontrar, para el ordenamiento jurídico nacional, en la Constitución, que es la norma fundamental y que garantiza la unidad de todo el sistema. Como bien señala Bobbio: “Todo ordenamiento tiene una norma fundamental, que da unidad a todas las otras normas; esto significa que la norma se esparce dando lugar a un conjunto unitario, que se puede denominar justamente “ordenamiento”. La norma fundamental es el término unificador de las normas que componen un ordenamiento jurídico. Sin ella, las normas de que hablamos hasta ahora constituirían un conjunto informe, mas no un ordenamiento”.⁵²

En segundo término, en la medida que este ordenamiento está integrado por una pluralidad de normas, parece necesario determinar si todas éstas gozan del mismo valor o, por el contrario, existen normas que están en una relación de supraordenación respecto de las otras. El principio de unidad ya anuncia la respuesta, pero es bueno tener presente que el derecho histórico nos da cuenta de la idea permanente de establecer rangos de normas, como la forma más elemental para resolver los conflictos que se presenten entre ellas⁵³. Sin embargo, esta idea no se consolidará hasta la llegada del Estado liberal. Bajo este nuevo orden, las instituciones políticas son ordenadas jerárquicamente, de manera que el Parlamento, como depositario de la *volunté general*, impone sus actos (Ley) sobre los actos de ejecutivo (reglamento) y aquellos que provienen de la colectividad (costumbre). Como bien señala Santamaría Pastor, “la jerarquía es, pues, la consecuencia natural de la diferente posición de supremacía política o superioridad orgánica de las organizaciones que emiten los distintos tipos de normas; estas posiciones se objetivan, transfiriendo la superioridad objetiva de los órganos a sus respectivos productos normativos”.⁵⁴

En este caso estamos frente al *principio de jerarquía*, cuya formulación dogmática más acabada será formulada por la Escuela de Viena a partir de la tesis de la pirámide normativa. Según esta teoría, las normas jurídicas se vinculan y relacionan en una suerte de estructura

⁵² Bobbio, *Teoría*, cit. nota n. 1, p. 162.

⁵³ Así, en la Baja Edad Media se establecía la regla de superioridad del Derecho divino sobre el Derecho eclesiástico. A su vez, el Derecho divino y el Derecho natural se imponían sobre el Derecho humano.

⁵⁴ Santamaría Pastor, *Fundamentos*, cit. nota 4, p. 315.

piramidal, de forma que existen normas supraordenadas unas respecto de las otras. A su vez, la validez de unas descansa en otras de rango superior, y así de forma sucesiva. Como lo señala el principal exponente de esta concepción Hans Kelsen, “una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ella. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez”⁵⁵. Esto significa que las normas tienen distinto grado o estrato dentro del sistema, de forma tal que la norma del grado anterior es *conditio iuris* para la creación de las normas siguientes (teoría de los grados o *Stufentheorie*).

De esta forma, el principio de jerarquía está estrechamente asociado al principio de unidad, pero no existe una plena identidad como veremos luego. Sin embargo, la existencia de los distintos niveles o grados dentro del ordenamiento jurídico conlleva a la formulación de una nueva regla: el *principio de homogeneidad de las normas de un mismo grado*. Es decir, las normas que se encuentran en el mismo grado o nivel dentro del ordenamiento tienen el mismo valor y fuerza obligatoria. Por tal razón, en caso de conflicto entre ellas ya no cabe aplicar el criterio de jerarquía para resolver la antinomia, debiendo recurrirse a los criterios de especialidad y temporalidad como mecanismos de solución.

Ahora bien, tal como señalábamos, el principio de jerarquía no resuelve por sí sólo otras dificultades que nos presenta el ordenamiento jurídico. En primer término, la rigurosa estructura piramidal que hace depender el fundamento y validez de una norma de aquella que directamente la precede no es del todo satisfactoria en la actualidad. Como bien lo plantea Sebastián Martín Retortillo, una cosa es que el reglamento deba respetar la ley y otra muy distinta que encuentre en ella su razón de ser⁵⁶. En efecto, bien es sabido que la Constitución atribuye la potestad reglamentaria al Presidente de la República para la ejecución de las leyes. En esta labor la autoridad ejecutiva deberá respetar lo dispuesto por la ley en todos sus extremos. En caso contrario, tal reglamento será calificado de ilegal o no válido, pues la ley se impone por su mayor jerarquía sobre la ley. Sin embargo, no podemos sostener que el fundamento de validez del reglamento sea la ley, pues ha sido la Constitución la que la atribuye y le fija sus márgenes de acción.

Similares problemas nos plantea el principio de homogeneidad de las normas de un mismo grado. El caso más evidente en nuestro sistema lo plantean las Leyes orgánicas constitucionales y las leyes de quórum calificado en su relación con las leyes ordinarias. Cada una de estas categorías son especies de leyes dentro de los diversos grados de normas y, por tanto, debiesen tener la misma jerarquía. Sin embargo, no es dable aceptar que una ley ordinaria tenga la

⁵⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 3ª ed.1969, p. 133.

⁵⁶ Martín Retortillo, Sebastián, *Instituciones de Derecho administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 105.

capacidad de modificar una ley orgánica y, menos aún, derogarla. Pero tampoco se puede aceptar de buenas a primera que la ley orgánica tenga una mayor jerarquía respecto de las leyes ordinarias, salvo que se postule que nuestro ordenamiento jurídico supone la existencia de *leyes ilegales*. Similar situación se puede presentar en relación con los reglamentos, especialmente cuando existen diversas autoridades administrativas que tiene la facultad de dictarlos. Así, por ejemplo, nos encontramos con la potestad reglamentaria presidencial y las ordenanzas municipales. En caso de antinomia nuevamente surge la cuestión de determinar si ambas categorías de normas tienen el mismo grado o jerarquía, esto es, si se puede imponer una sobre otra. ¿Podríamos sostener que un reglamento del Presidente de la República tiene la capacidad de derogar o modificar una ordenanza municipal?⁵⁷

La situación anterior se presenta en razón de los cambios experimentados por el ordenamiento jurídico. El principio de jerarquía responde de forma adecuada a las necesidades de un ordenamiento *monocéntrico*, en donde la producción normativa tiene como centro al Estado, que actúa a través de un número limitado de normas, fundamentalmente Ley y Reglamento. Sin embargo, en la actualidad lejos de sostenerse la existencia de un solo ordenamiento, se ha llegado a constatar la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos. Este fenómeno aparece de forma más acusada en los Estados donde se ha implementado un sistema de descentralización política y autonomía territorial. Sin embargo, no es óbice a que un fenómeno similar aunque de expresión más atenuada se presente en los Estados unitarios como el nuestro, en donde se diversifica la producción normativa dando lugar a un sistema plural de fuentes.

Es en razón de lo anterior que se recurre a otro sistema para articular el ordenamiento jurídico, con el objeto de complementar o, en su caso, corregir la figura de un ordenamiento estructurado exclusivamente sobre la base de la jerarquía. En este caso, se realiza una distribución de las materias que han de ser reguladas a través de diversas fuentes formales. Así, el ordenamiento jurídico será visto no sólo desde una perspectiva vertical o jerárquica, sino que también sobre la base de una estructura horizontal. En este caso, la forma de resolver los conflictos entre las diversas normas ya no será la jerarquía, sino que el *principio de competencia*.

Esta regla o principio expresa sus mayores efectos en los sistemas de descentralización política, donde la competencia legislativa es compartida entre el Estado y las diversas unidades territoriales, como ocurre en los Estados federales y regionales. Pero también se aplica en los Estados unitarios, como ocurre respecto de los reglamentos presidenciales y las ordenanzas municipales, o en los casos de reserva, como ocurre en la ley y el reglamento presidencial. A su

⁵⁷ A los problemas aquí mencionados se puede agregar la tesis que sostiene la distinta jerarquía de las normas constitucionales y la doctrina de las leyes reforzadas. En este sentido, *vid.* Martín Retortillo, *Instituciones*, cit. nota n. 56, pp. 105-106.

vez, este criterio también ha experimentado una interesante evolución en el supuesto que una autoridad esté facultada para dictar distintos tipos de normas, las cuales, eventualmente, también pueden entrar en colisión. En un comienzo la doctrina utilizó el principio de la competencia para hacer frente a estos casos, como ha ocurrido con los diversos tipos legales⁵⁸. Sin embargo, no resulta apropiado utilizar la expresión competencia cuando es la misma autoridad que dicta las normas en conflicto⁵⁹. En razón de ello la doctrina ha preferido hablar en estos casos de *principio o criterio del procedimiento*.

Unidad, jerarquía, homogeneidad de las normas del mismo grado, competencia y procedimiento son los principios básicos que estructuran el ordenamiento jurídico y que analizaremos a la luz de las normas positivas nacionales.

3.2. El principio de unidad en el ordenamiento jurídico chileno

Existen dos presupuestos o afirmaciones que son tradicionales, los cuales marcan derechamente el análisis de lo que se ha denominado principio de unidad: a) La Constitución es el fundamento común de validez de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico; y b) La validez de una norma se traduce en su particular forma de existencia y, por tanto, de poder vincular u obligar a sus destinatarios.

Estas dos afirmaciones aparecen resumidas en lo dispuesto en el artículo 6° de la Carta fundamental, que constituye, sin lugar a dudas, la norma rectora sobre la materia: *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”*.

Conforme a esta disposición, todo acto emanado de los órganos del Estado (legislativo, judicial o administrativo) sólo será válido, vinculante y con la capacidad legítima de imponerse y regular las conductas sociales en la medida que se encuentre de acuerdo con los preceptos constitucionales (inc. 1° art. 6°). Más aún, los preceptos contenidos en la Carta fundamental no sólo vinculan al Estado, sus órganos o integrantes de los mismos, sino que a toda persona o sujeto de derecho sin distinción (inc. 2° art. 6°).

Esta disposición constituye una novedad en nuestros textos constitucionales, aun cuando

⁵⁸ Así, en el caso de contradicción entre una LOC y una ley ordinaria, se sostenía que esta última era inconstitucional por invadir la competencia del Legislador orgánico constitucional.

⁵⁹ En efecto, resultaba forzado hablar de un Legislador orgánico constitucional, Legislador de quórum calificado y de Legislador ordinario, siendo que el sujeto era uno: el Legislador, pero que dictaba distintos tipos de normas siguiendo diversos procedimientos.

su contenido prescriptivo es un supuesto básico del carácter normativo de la Constitución. Por tal razón, en la redacción de esta norma se puso especial énfasis en esta circunstancia.⁶⁰

El análisis literal de dicho artículo da lugar a algún comentario:

- a) Los destinatarios o los sujetos vinculados por esta norma son los “órganos del Estado”, “titulares o integrantes de dichos órganos”, “toda persona, institución o grupo”.

Entendemos que con la expresión “órganos del Estado” la Constitución se refiere a las unidades funcionales a través de las cuales actúan los poderes públicos y vinculan a la persona jurídica de la cual forman parte, dentro del ámbito de sus competencias. En el entendido que los órganos públicos son siempre creaciones jurídicas, esto es, que sólo pueden ser creados por la Constitución o la ley, siempre insertos dentro de una determinada persona jurídica pública (Estado o Fisco, Municipalidad, Servicio público, etc.). Por su parte, con los términos “*titulares o integrantes de dichos órganos*” se da cuenta de las personas naturales que se integran en dichas unidades funcionales y que deben actuar en calidad de titulares de los mismos previa investidura regular. Por último, las expresiones “persona, institución o grupo” se refieren a los sujetos o personas privadas, sean naturales o jurídicas, es decir, a las entidades extraestatales, todas las cuales están sujetas a la Constitución y a las normas que se dicten conforme a ella.

- b) Del contexto de la norma se desprende que la expresión Estado debe ser entendida en un sentido amplio. Bien es sabido que el Estado es una persona jurídica bajo cuyo amparo actúan diversos órganos y poderes (Poder judicial, Poder legislativo, ministerios, intendencias, gobernaciones, Contraloría, Ministerio público, etc.). Al mismo tiempo, existen diversas personas jurídicas que no actúan con la personalidad del Estado (v. gr. Banco Central, Gobiernos regionales, Municipalidades, y en general la Administración descentralizada). Sin embargo, esta disposición entiende por Estado a toda persona jurídica pública, ya sea bajo la personalidad del Estado o se vincule o relacione institucionalmente con el Jefe del Estado.
- c) Por último, es bueno reparar en la redacción de la disposición y su alcance. Como bien se puede apreciar, el inciso 1° establece la fuerza obligatoria de la Constitución y de las normas dictadas conforme a ella respecto de los órganos estatales, no así respecto de los particulares. A su vez, el inciso 2° establece una disposición más amplia al comprender a toda persona, institución o grupo, junto a los titulares o integrantes de dichos órganos, estableciendo una regla más amplia en su alcance y destinatarios. En tal sentido, el inciso

⁶⁰ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión 53°, celebrada el 11 de julio de 1974, p. 12.

1º aparece como una norma redundante frente a lo previsto en el inciso 2º, la cual la absorbe, salvo en la frase introducida por la reforma constitucional del año 2005. Ahora bien, lo relevante es que la Constitución obliga a todo sujeto de derecho, a toda persona, ya sea natural o jurídica.⁶¹

Desde la perspectiva de los principios, esta disposición contiene dos reglas fundamentales:

- a) La *supremacía constitucional*, de la cual deriva el *principio de unidad*: todas las normas deben someterse a la Constitución, y deben reconocer en ella el fundamento común de su validez, garantizando la unidad del ordenamiento jurídico nacional.
- b) La *fuerza normativa* de la Constitución, lo cual se traduce en su fuerza obligatoria directa respecto de todos sus destinatarios, ya sean los poderes públicos, así como toda persona.

3.3. El principio de jerarquía

El ordenamiento jurídico nacional establece distintos grados de normas, las cuales están vinculadas en una relación de jerarquía.

La Constitución se encarga de establecer con absoluta claridad su mayor jerarquía dentro del sistema, tal como lo hemos visto en el apartado anterior. El art. 6 CPR deja absolutamente claro que la Constitución es obligatoria para todo órgano estatal y sujeto de derecho. Más aún, esta obligatoriedad no sólo alcanza a la Carta fundamental, sino también a las “*normas dictadas conforme a ella*”. *A contrario sensu* se debe entender que aquellas normas que se dictan al margen de los preceptos constitucionales no son válidas y, por tanto, no han de vincular a los órganos del Estado al momento de adoptar una decisión o emitir un juicio, siempre que dicha disconformidad con la Carta fundamental sea establecida por el órgano competente.

En principio, la mayor jerarquía de la Constitución se proyecta sobre dos categorías de normas: la Ley y los Reglamentos, que la propia Carta se encarga de regular en diversas disposiciones.

En el caso de la ley, están sometidas a la Constitución sus diversas manifestaciones, es decir, las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales, las leyes de quórum calificado y las leyes ordinarias⁶². También debemos comprender dentro de esta categoría los decretos con fuerza de ley.⁶³

⁶¹ En este sentido, parece más preciso lo dispuesto en el artículo 9.1. de la Constitución Española, que establece: “*Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”.

⁶² Arts. 60 y 63 CPR.

⁶³ Art. 64 CPR.

Por su parte, en el caso de los Reglamentos, nos encontramos con diversos tipos que tienen su fundamento directo en la Constitución: los reglamentos presidenciales⁶⁴, los reglamentos de las Cámaras legislativas⁶⁵, el reglamento del Consejo de Seguridad Nacional⁶⁶ y, en la medida que la interpretación más común así lo ha entendido, estarían los reglamentos regionales y municipales.⁶⁷

Todas estas normas están supraordenadas a lo dispuesto por la Carta fundamental, de manera que su validez ha de ser juzgada a la luz de sus disposiciones. Sin embargo, se debe hacer un matiz al respecto, pues la relación de jerarquía no es la misma entre la Constitución, la ley y los reglamentos. En efecto, mientras que existe una relación jerárquica directa entre la Constitución y las leyes⁶⁸, no ocurre lo mismo con todos los reglamentos, cuya relación aparece mediatizada por la ley.

En efecto, salvo en el caso de los reglamentos presidenciales denominados autónomos, de las Cámaras legislativas y del Consejo de Seguridad Nacional, en donde existe una relación jerárquica directa con la Constitución, no ocurre lo mismo con los reglamentos presidenciales de ejecución y las normas dictadas por las entidades territoriales, esto es, Gobiernos regionales y Municipalidades⁶⁹. En todos estos casos, la validez de dichas normas ha de ser evaluada considerando lo dispuesto en la Constitución y en las respectivas leyes.

De esta forma, se desciende en la escala jerárquica y nos encontramos con un tercer nivel. Ahora bien, en estos casos el fundamento de la norma reglamentaria se encuentra en la propia Constitución, pero es esta misma norma la que subordina dichas disposiciones a la ley. Tal como lo habíamos señalado, en este caso se separa el principio de unidad y el de jerarquía, en la medida que el reglamento debe respetar la ley (jerarquía), pero no encuentra su fundamento o razón de ser en dicha norma (unidad).

Constituyen un caso aparte la situación de los tratados internacionales y los autos acordados.

Tal como lo hemos señalado anteriormente, con la reforma constitucional de 1989 a través de la Ley N° 18.825 se discutió la jerarquía que tendrían los tratados internacionales que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5 inciso 2° CPR). No cabe duda que un tratado internacional debe seguir los procedimientos previstos en la

⁶⁴ Art. 32 N°6 CPR.

⁶⁵ Art. 56 inciso 2° CPR.

⁶⁶ Art. 107 inciso 3° CPR.

⁶⁷ Arts. 113, 118 y 119 CPR.

⁶⁸ Dentro de las normas con rango de ley, la excepción la constituyen los decretos con fuerza de ley, en cuanto están sujetos a las normas constitucionales y lo que disponga la respectiva ley delegatoria.

⁶⁹ Nuevamente hacemos la salvedad señalada en la nota 24 respecto de los reglamentos presidenciales.

Constitución para constituir derecho vigente en Chile. En este caso la Constitución proyecta jerarquía. Sin embargo, una vez que el tratado ha entrado en vigencia se plantea una doble posibilidad: a) Que el tratado tenga superior jerarquía que la ley, pudiendo llegar a adquirir rango constitucional; b) Que tenga la capacidad de modificar o derogar los preceptos constitucionales⁷⁰. Nos haremos cargo de este tema en un apartado posterior, vinculándolo con los aspectos que en materia de tratados introdujo la Reforma constitucional de 2005.

En relación a los autos acordados, bien sabemos que son normas que emanan de los Tribunales Superiores de Justicia y, en el caso de la Corte Suprema, se dictan en virtud de la superintendencia directiva, correccional y económica que tiene sobre todos los tribunales de la Nación (art. 82 CPR). En este caso, nos interesa establecer la naturaleza que tienen estas normas y las formas como se insertan en el ordenamiento jurídico, es decir, a qué grado o nivel corresponden. En principio estas disposiciones tienen un carácter interno que se dictan en virtud de las facultades que corresponden a los Tribunales Superiores para la correcta administración de justicia. En tal sentido, los destinatarios de los autos acordados son los jueces y funcionarios que integran el poder judicial, los que en caso de no respetarlos o infringirlos incurren en la correspondiente responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, no se puede negar que la aplicación de estas normas produce un *efecto reflejo* respecto de los particulares o personas que no integran la estructura judicial. En buenas cuentas, estas normas no son obligatorias para ellos, pero bien pueden alegar su acatamiento por parte de los funcionarios judiciales, las que deben respetarlas y cumplirlas de forma estricta, so pena de ser sancionados⁷¹. Sin embargo, la situación es distinta en el caso que los particulares aleguen la ilegalidad o inconstitucionalidad de tales disposiciones, en cuanto éstas le causen un menoscabo

⁷⁰ A pesar de lo expuesto, Emilio Pfeffer Urquiaga sostiene que “[...] a pesar del planteamiento doctrinario de que los derechos esenciales reconocidos por la normativa internacional obligan a todo órgano estatal, en cuanto debe respetarlos y promoverlos, ha prevalecido la posición de que mientras no se adecue el orden constitucional y legal, las normas internas mantendrán su vigencia y prevalecerán frente a la preceptiva internacional, descartándose así su derogación tácita”. Vid. Pfeffer Urquiaga, Emilio. 2003. “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, *Ius et Praxis*, vol.9, n.1, pp. 467-484. Además se pueden consultar los siguientes trabajos: Medina Cecilia y Mera Jorge (editores), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996; Medina, Cecilia, *Constitución, tratados y derechos esenciales. Introducción y selección de textos*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994; Ríos Alvarez, Lautaro. 1997. «Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos», *Ius et Praxis*, año 2, p. 101-112; Nogueira Alcalá, Humberto. 2003. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia” en *Ius et Praxis*, vol.9, n.1, pp. 403-466; Henríquez Viñas, Miriam. 2008. “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 2, pp. 73-119.

⁷¹ Esta opinión no es necesariamente compartida. Así, para Eduardo Aldunate los autos acordados constituyen normas reglamentarias. Vid. Aldunate Lizana, Eduardo, “*La distribución de potestades normativas en la Constitución. Potestades reglamentarias administrativas y autos acordados*”, en *Actas XXXVII Jornadas de Derecho Público*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso (en prensa).

o perjuicio. En este supuesto, la única vía que existe es el recurso a los mismos tribunales que la han dictado, con todo lo que esto significa. Es decir, tendrán como último recurso al propio autor del acto. En definitiva, llegamos al eterno problema sobre quién debe controlar al controlador.

En parte esta situación se ha salvado parcialmente con la Reforma Constitucional de 2005 que entrega al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (art. 93 N°3 CPR).⁷²

3.4. El principio de homogeneidad de las normas del mismo grado

Tal como hemos expuesto anteriormente, la existencia de distintos niveles o grados dentro de la pirámide normativa supone la existencia de normas de distinta jerarquía. Por su parte, las normas que se encuentran a un mismo nivel o grado tienen un valor homogéneo, de manera que unas no se pueden imponer respecto de las otras, siendo inaplicable la regla de la jerarquía como una forma de resolver las antinomias que se producen entre ellas.

Con el objeto de mantener la unidad del sistema y ante eventuales conflictos que se puedan producir entre normas del mismo grado, debemos recurrir a dos criterios tradicionales formulados en la Edad Media y que se encuentran recogidos por nuestro derecho positivo. En primer término, nos encontramos con el criterio de la especialidad que se expresa en el adagio *lex speciali derogat lex generali* y que nuestro Código civil recoge en su art. 13 en los siguientes términos: “*Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición*”. En segundo lugar, corresponde la aplicación del criterio temporal, es decir, *lex posterior derogat lex priori*, y que el Código civil la trata a propósito de la figura de la derogación tácita en su art. 52: “*Es tácita [la derogación], cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior*”.

Si bien ambas disposiciones se refieren a la ley, esto no impide que se puedan aplicar dichos criterios a otros tipos normativos (Constitución, reglamentos, autos acordados, circulares, etc.), en razón de que el intérprete tiene como labor fundamental establecer la voluntad objetiva del autor de la norma, para lo cual bien puede entender que frente a una regulación general

⁷² No entramos en la discusión respecto de la naturaleza y fundamento del auto acordado que regula la tramitación del recurso de protección, en la medida que su contenido excede a los márgenes internos del poder judicial, estableciendo plazos y cargas procesales, materias propias de la ley. Por lo demás, en su origen era un verdadero “auto acordado con fuerza de ley”, a la luz de lo dispuesto en el Acta Constitucional N°3 del año 1976. Sin embargo, la posterior derogación de dicha norma ha dejado sin fundamento normativo expreso la facultad de la Corte Suprema para dictar normas sobre la materia.

existe una norma especial que prima al efecto o, en su caso, que sólo se ha de considerar vigente la última voluntad del autor de la norma.

El principio de homogeneidad da una respuesta adecuada en aquellos ordenamientos jurídicos de estructura simple y con un reducido número de fuentes positivas, como ocurría en nuestro país hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. En este período las gradas de la pirámide normativa eran bastante acotadas: Constitución, Ley y Reglamentos, de forma que la resolución de los conflictos normativos resultaba menos dificultosa, pues sólo había que determinar el nivel en el cual se encuentra la norma para luego aplicar los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 y sus posteriores modificaciones ha cambiado este panorama de forma radical. En la actualidad no existe la ley sino que las leyes (interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales, de quórum calificado, ordinarias); el Tratado internacional no constituye un tipo de ley, sino que una fuente autónoma del derecho; y existe una pluralidad de normas reglamentarias (presidencial, de las Cámaras legislativas, regional, municipal). ¿Es posible sostener que en cada uno de estos niveles las normas son homogéneas? Al parecer no. La diversidad en cada uno de los grados no permite sostener la homogeneidad de cada uno de estos tipos normativos y, por tanto, aplicar los criterios ya indicados de resolución de antinomias. En este caso se ha de recurrir a las reglas de competencia y procedimiento.

3.5. El principio de competencia y procedimiento

La competencia constituye uno de los elementos que el Constituyente ha establecido para determina la validez de la actuación de los órganos del Estado, bajo la sanción de considerar nulo el acto en el caso que no sea respetada (art. 7° CPR). A su vez, la propia Constitución dispone que son obligatorias sus disposiciones y las normas que se dicten conforme a ellas (art. 6°). En este caso, la conformidad que debe guardar una norma para ser válida deriva de tres factores: a) El órgano; b) El procedimiento; y c) La materia o contenido. Cada uno de estos elementos está estrechamente enlazado, de tal forma que el vicio que afecte a alguno de ellos necesariamente repercutirá en los otros.

Nuestra Constitución atribuye la potestad normativa a diversos órganos, considerando al efecto las materias que van a regular. No todas las fuentes del derecho encuentran su fundamento en la Constitución, así como no todos los elementos de la potestad normativa que ella se atribuye están en la misma.

En efecto, cuando la Constitución atribuye un poder normativo no determina todos sus elementos, sino un mínimo básico. Para tal efecto, establece el tipo de norma, la autoridad u órganos que deben dictarla y la materia que ha de comprender. En el caso del procedimiento la

regulación es básica o inexistente, dependiendo de cada norma, por lo que deberá ser complementada por la ley o el reglamento. Así, por ejemplo, en el caso de la ley la Constitución nos señala con todo detalle los órganos que intervienen, las materias que han de comprender y una regulación acabada del procedimiento, el cual ha de ser complementado posteriormente por la LOC del Congreso Nacional y los reglamentos de las Cámaras. En cambio, respecto de los reglamentos presidenciales sólo nos indica la autoridad, que en este caso es el Presidente de la República; el tipo de norma; las materias que comprende; mientras que el procedimiento para su sanción queda entregado por completo a la ley.

Por su parte, existen una serie de normas que no encuentran fundamento constitucional directo, como ocurre con los reglamentos dictados en virtud de una potestad atribuida directamente por la ley, las circulares y la costumbre. Por ahora nos limitaremos a analizar las normas que tienen fundamento constitucional.

Otra alternativa que sigue el legislador es establecer distintas fuentes en base al principio del procedimiento. Este principio se aplica a las normas que emanan de un mismo órgano y opera como una técnica para diversificar las normas que han de regular los diversos aspectos de la vida social. Para tal efecto, se determinan las materias y las normas que la van a regular, para establecer posteriormente un procedimiento diverso para su elaboración y sanción. Así, una determinada materia sólo puede ser regulada por ciertas normas de acuerdo a un procedimiento también determinado.

Por tanto, del universo de materias que pueden ser objeto de regulación jurídica, la Constitución realiza una distribución indicándonos cuáles son las normas que las han de regular.

Este proceso se construye en base a dos reglas básicas:

- a) Distribución de competencias normativas e intensidad en la regulación.

Como primer paso la Constitución establece las materias que pertenecen al dominio legal. Como consecuencia de lo anterior, aquellos contenidos no comprendidos en este catálogo quedan entregados a la competencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República (Arts. 32 N°6 y 63 CPR). Por lo tanto, la primera gran división de competencias es entre la Ley y el Reglamento, razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia lo denominan reglamento autónomo, en la medida que no estaría condicionado por la ley en su regulación⁷³. Sin embargo, de los antecedentes de la Constitución así como de la interpretación de los diversos preceptos que regulan la materia, bien se puede llegar a una conclusión diversa, en la medida que la Junta

⁷³ Esta denominación no se encontraba en el texto original de la CPR, aunque sí fue utilizado por la CENC. Sin embargo, la Reforma de 2005 la introduce por primera vez en el artículo 93 N° 16.

de Gobierno no pretendía establecer un sistema de dominio legal máximo como el consagrado en la Constitución francesa de 1958, sino evitar los problemas que generaba la gran cantidad de leyes singulares y misceláneas dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1925. Así las cosas, el resultado fue la incorporación del numeral 20 del artículo 60 (actual artículo 63), el cual elimina el carácter taxativo de las materias de ley y coloca dos condiciones que debe cumplir un precepto legal para ser tal: a) debe ser una norma general y obligatoria, y b) debe estatuir las bases esenciales de un ordenamiento jurídico. Toda otra materia de carácter complementario, de desarrollo, de detalle, contingente o conyuntural, será de competencia de la autoridad gubernativa a través del reglamento. De esta forma, la ley no tendría un límite material en su regulación, sino en la forma o condiciones en que puede realizar dicha regulación. A su vez, el reglamento deberá regular aquellos aspectos no esenciales en la medida que no corresponda al legislador cumplir tal labor. Puestas así las cosas, la relación entre Ley y Reglamento diría relación con la intensidad de la regulación (bases esenciales y no esenciales del ordenamiento jurídico), más que en una separación rígida de materias. O bien, se podría sostener que establecida la función que le compete a la Ley y Reglamento, también queda delimitada su competencia en base a la intensidad en la regulación que le corresponde a cada uno, pero bajo ningún respecto existiría un reparto de las competencias normativas hecho de forma horizontal⁷⁴.

b) Diversificación del procedimiento en la creación de leyes.

Acto seguido, dentro del dominio legal el Constituyente hace una nueva separación sobre la base del principio de procedimiento, estableciendo respecto de cada tipo de leyes una forma diversa para su aprobación considerando la materia que ha de regular: Leyes interpretativas de la Constitución, Leyes orgánicas constitucionales, Leyes de quórum calificado y Leyes ordinarias. Ahora bien, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no es posible sostener que algunas leyes se impongan jerárquicamente sobre las otras. Así, por ejemplo, si una ley ordinaria contradice lo que dispone una ley orgánica constitucional, no se podría sostener que prima lo dispuesto en esta última norma considerando la mayor rigurosidad que existe en el procedimiento de aprobación al cual está sometida. En este caso, la ley ordinaria está sometida a un procedimiento específico para regular dichas materias, de manera que incurre en un vicio de inconstitucionalidad al disciplinar un contenido que la Constitución ha reservado para otro procedimiento (ley orgánica constitucional).

Sobre esta estructura, que se construye en base a competencias y procedimientos, surgen los casos particulares respecto de algunos tipos específicos de normas que analizaremos a continuación.

⁷⁴ Nuevamente nos remitimos en esta materia a nuestro artículo citado en nota 24.

4. La inserción en el sistema de casos particulares

Establecidos los principios básicos sobre los cuales se construye el ordenamiento jurídico nacional, corresponde dar cuenta de algunos casos particulares que puedan plantear cierta dificultad al momento de integrarlos dentro del sistema propuesto. En razón de ello es que haremos una mención especial de estos y una propuesta para poder enfrentar las dificultades que nos plantean.

4.1. Leyes que proyectan jerarquía

Hemos señalado que el principio que regula la relación entre los diversos tipos de leyes lo constituye el procedimiento. Sin embargo, existen dos casos en los cuales nos podemos encontrar con leyes que proyectan jerarquía dentro del ordenamiento jurídico: las leyes interpretativas de la Constitución y el caso particular de la Ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

a) Las leyes interpretativas de la Constitución (LIC).

La Carta fundamental es bastante escueta a la hora de referirse a las LIC. Sobre ellas nos indica dos reglas básicas de procedimiento: su quórum de aprobación (art. 66 CPR) y su control previo obligatorio por parte del TC (art. 93 N°1). Respecto de su contenido material guarda absoluto silencio. No obstante, en razón que este tipo de leyes tiene como antecedente directo las normas contenidas en la Constitución de 1833 y las prácticas constitucionales que se dieron bajo la Constitución de 1925, se ha de entender que tienen por objeto desentrañar el contenido prescriptivo de los diversos preceptos que contiene la Carta fundamental a fin de establecer su correcto sentido y alcance. Por tanto, su ámbito material es bastante amplio, en la medida que todo precepto contenido en la Constitución puede ser objeto de una LIC.

Ahora bien, es evidente que la aprobación y entrada en vigencia de una LIC produce el efecto propio de estas normas, es decir, establece el sentido y alcance de la disposición Constitucional. Más aún, se entiende que el precepto siempre ha tenido dicho sentido y alcance (efecto retroactivo). Por lo tanto, y en la medida que la LIC se incorpora al texto constitucional, de debe concluir que proyecta la jerarquía propia de una norma de dicho rango.

b) Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE).

El art. 38 CPR dispone que “*una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes*”.

Al efecto, se dictó la LOC N° 18.575, actualmente contenida en un texto refundido, coordinado y sistematizado aprobado a través del DFL N° 1/2001.

El TC ha tenido particular celo en que se respeten las disposiciones de la LOCBGAE frente a regulaciones especiales contenidas en leyes ordinarias que no se condigan con las bases generales prevista en dicha LOC. Efectivamente, esto se ha presentado a propósito de la organización básica que han de adoptar los servicios públicos. Es evidente que la organización de un servicio público concreto no es materia de LOC. Sin embargo, es perfectamente posible que dicha regulación no se conforme a lo previsto en la LOCBGAE. Por tal razón, la jurisprudencia del TC ha sido reiterada en sostener que en tales supuestos la norma particular debe ser aprobada como LOC, en la medida que constituye una excepción a lo previsto en la LOCBGAE. De esta forma, la LOCBGAE proyecta jerarquía sobre las diversas disposiciones legales que rigen al interior de la Administración del Estado⁷⁵.

4.2. Los tratados internacionales (TI)

La situación de los Tratados Internacionales ya ha sido mencionada anteriormente. Son conocidas las distintas posiciones que se sustentan respecto de su grado o jerarquía. En principio el TI es una fuente autónoma del derecho, aun cuando debe someterse a los trámites de una ley y tiene la misma fuerza una vez que ha entrado en vigencia. Por tanto, tiene la capacidad de modificar o derogar las disposiciones legales o reglamentarias que sean contrarias a lo previsto por él. Pero a la inversa, la ley no tiene la misma capacidad, ya que la Constitución expresamente nos señala que *“las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”*(art. 54 N°1), lo cual sería la aplicación del principio del procedimiento.

Cuestión distinta ocurre respecto de los TI que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, pues estos establecen un límite sustantivo a la soberanía del Estado, conforme lo dispone el inc. 2° del art. 5 CPR. Siendo así, se ha sostenido la mayor jerarquía que tendrían estos TI en el ordenamiento jurídico, llegando a postular su rango constitucional. Por su parte el TC, adoptando una posición intermedia, ha señalado que los TI que reconocen derechos fundamentales tienen una posición intermedia entre la Constitución y la ley. En definitiva, proyectan jerarquía⁷⁶.

Pues bien, dos cuestiones que es necesario tener presente al momento de examinar el tema de los TI: la intangibilidad de los TI respecto de la ley y su mayor jerarquía cuando reconocen derechos fundamentales respecto de la ley.

⁷⁵ Vid., entre otras, STC Rol N°115/1990.

⁷⁶ Vid. Rol N° 346/2002, especialmente sus Considerandos 59° y ss.

4.3. Los reglamentos y las remisiones legales

La Constitución prevé la posibilidad de que el Presidente de la República dicté reglamentos que permitan la ejecución de las leyes. De ahí la conocida denominación de reglamentos de ejecución, para diferenciarlos de los que se han llamado reglamentos autónomos.

Ahora bien, en muchas ocasiones el legislador al momento de regular una determinada materia realiza remisiones al Presidente de la República para que por la vía reglamentaria complemente lo previsto en la ley. Lo cierto es que esta práctica es bastante común en el derecho comparado y responde a la imposibilidad que tiene la ley de poder regular todas las materias de forma eficaz y oportuna. Frente a esto, el reglamento aparece como una norma más flexible, detallada y dotada de mayor especialidad técnica.

Si se examina la situación esta no debiera ofrecer mayor dificultad, en la medida que el legislador estaría reiterando la facultad que la Constitución le atribuye al Presidente de la República. Sin embargo, la cuestión se torna más compleja cuando el legislador amplía en exceso estas remisiones entregando al reglamento la regulación de aspectos no sólo complementarios sino también sustantivos y, además, atribuye esta facultad a una autoridad diversa del Presidente de la República.

Respecto del primer punto, el TC sentó una jurisprudencia bastante clara al respecto en su Sentencia Rol 370/2003 señalando que “no puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica [...] la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales [...] puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica”. En tal sentido, el TC rechaza las remisiones abiertas o globales que abren las materias de reserva legal a la regulación reglamentaria.

En relación a la segunda cuestión, se debe señalar que existe una multiplicidad de órganos y servicios públicos a los cuales se les atribuye por ley potestad reglamentaria, adoptando las más diversas denominaciones (resoluciones, ordenanzas, circulares, etc.). Esto plantea un problema interesante desde la perspectiva constitucional, en la medida que la atribución de

esta potestad viene a limitar las facultades normativas que la Constitución atribuye al Presidente de la República, especialmente si se trata de órganos que no están sometidos a su jerarquía, como ocurre con una infinidad de servicios descentralizados.

Por su parte, el TC ha llamado la atención sobre el punto, cuestionando la constitucionalidad de normas dictadas por órganos administrativos inferiores al Presidente, en la medida que ejercen competencias que están reservadas a este último⁷⁷.

Ante esta situación, se podría distinguir entre aquellos órganos que están bajo la jerarquía del Presidente de la República, respecto de aquellos que están descentralizados o gozan de autonomía constitucional. En el primer caso, se puede tolerar la remisión en la medida que el ejercicio de dicha potestad siempre estará bajo el control y dirección del Presidente. Por su parte, en el tercer caso, la existencia de autonomía constitucional bien puede legitimar el desapoderamiento de las facultades del Presidente de la República sobre la materia, como ocurre en el caso del Banco Central, la Contraloría y las Municipalidades. El segundo caso es el más complejo y ha de reconocerse que es el que presenta mayores cuestionamientos de constitucionalidad⁷⁸.

5. Conclusiones

Una de las materias previas y necesarias que debe enfrentar todo operador jurídico dice relación con la determinación de la regla o norma jurídica que debe ser aplicada a un caso concreto o determinado. En definitiva, el problema desde la perspectiva jurídica se traduce no sólo en establecer cuáles serán los hechos jurídicamente relevantes, sino también las fuentes jurídicas que han de contener la forma de resolver o dar respuesta a dicha cuestión.

Así las cosas, antes de realizar un proceso de interpretación de las normas, es necesario establecer qué norma o normas se deben aplicar, tarea que también conlleva a un proceso de interpretación jurídica. Más aún, es perfectamente posible que dichas normas contengan formas diversas de solución, incluso de manera contradictoria.

Esta cuestión no es, por lo demás, nueva. Desde el medioevo se han diseñado criterios para tratar de determinar la norma aplicable, especialmente ante la presencia de antinomias agravadas por una pluralidad de fuentes, en donde la ley, la costumbre y la jurisprudencia

⁷⁷ Sentencia Rol N° 591 de 11 de enero de 2007, en donde señala en su Considerando trigésimo tercero que “*de la simple lectura de la resolución exenta impugnada, es posible concluir que, en realidad, reúne los elementos configurativos de un decreto supremo reglamentario, pero sin cumplir con las exigencias que la Constitución ha previsto para que sea tal*”.

⁷⁸ Coincide con esta opinión Aldunate, “La distribución”, cit. nota n. 70.

navegaban en un plano de igualdad. También es cierto que en la búsqueda de la seguridad jurídica la ley surge en el siglo XX como la norma central en los ordenamientos jurídicos occidentales, desplazando a la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre a lugares secundarios. Sin embargo, desde fines del siglo XX estamos acudiendo a un fenómeno que se caracteriza por la mayor complejidad y dispersión de las fuentes positivas, que están lejos de ser aglutinadas en la tradicional relación Constitución, ley y reglamento.

Nuestro país no ha estado ajeno a este fenómeno. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una pluralidad de fuentes positivas de la más diversa naturaleza: Constitución, leyes, reglamentos, circulares, instrucciones, resoluciones, decretos, etc. A su vez, la ley ha dejado de tener el carácter central dentro del sistema, a costa de una exponencial producción de normas administrativas y de un reforzamiento de la fuerza normativa de la Constitución.

Dado este estado de cosas, ha sido del todo necesario volver a revisar y determinar los nuevos principios que estructuran el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico chileno, cuestión que tiene una particular urgencia, no sólo por las ya conocidas innovaciones que ha introducido la Constitución de 1980, sino —y particularmente— por las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.050 en el año 2005.

Así, el ordenamiento jurídico chileno constituye un conjunto plural y complejo de normas jurídicas, pero que mantiene su unidad en base a las prescripciones constitucionales que le otorga su fundamento de validez y determina las bases para el ejercicio del poder normativo en torno a los siguientes principios: unidad, jerarquía, homogeneidad de las normas del mismo rango, competencia y procedimiento.

Sobre la base de dicha *estructura* normativa se insertan los casos particulares de algunas leyes que proyectan jerarquía, la situación de los tratados internacionales y los reglamentos de origen legal y las remisiones normativas.

En definitiva, si bien la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 y sus posteriores modificaciones significó un cambio radical en la forma como se estructura el ordenamiento jurídico nacional, la unidad del sistema y la forma de aplicar las normas jurídicas está garantizada por un conjunto de principios que permiten al operador jurídico dar respuesta a la vieja pregunta *Quid Iuris?*