

¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN
MODIFICARSE TÁCITAMENTE?
ANÁLISIS COMPARADO AL PROBLEMA
DE LA MODIFICACIÓN TÁCITA
DE LA CONSTITUCIÓN
Y LA JERARQUÍA NORMATIVA
DE LOS TRATADOS EN CHILE

CAN A CONSTITUTION BE TACITLY AMENDED?
COMPARATIVE ANALYSIS TO THE PROBLEM
OF THE TACIT AMENDMENT TO
THE CONSTITUTION AND THE NORMATIVE
HIERARCHY OF TREATIES IN CHILE

*Alejandro Lagos Torres**

Resumen

El clásico dilema de la jerarquía de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico chileno, dejando las argumentaciones basadas en lo semántico y en la literalidad de los textos, para abordar el asunto desde una perspectiva moderna enfocada en los problemas que pueden provocar las reformas constitucionales “tácitas”. Para esto estudiamos la teoría del bloque de constitucionalidad en el derecho comparado, con una especial mención al fenómeno del derecho de la Unión Europea, de manera que sea la experiencia quien nos ayude a resolver esta controversia.

Palabras clave: Constitución, tratados internacionales, jerarquía, reforma tácita, experiencia.

* Profesor de Derecho Constitucional Universidad del Desarrollo sede Concepción. Magíster en Derecho de la Empresa mención en Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas Universidad de Salamanca, España. Artículo recibido el 13 de octubre de 2021 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2022. Correo electrónico: af.lagos@udd.cl

Abstract

The classic dilemma of the hierarchy of international treaties within the Chilean legal system is analyzed, leaving the arguments based on the semantic and literalness of the texts, now addressing the matter from a modern perspective focused on the problems caused by the “tacit” constitutional amendments. The theory of the constitutional block in comparative law is studied, with a special mention to the phenomenon of European Union law, so that experience helps us to resolve this controversy.

Key words: Constitution, international treaties, hierarchy, tacit amendments, experience.

Introducción

En este trabajo nos adentraremos en el ya clásico problema del ordenamiento jurídico chileno referido a cuál sería el lugar que corresponde a los tratados internacionales entre el conjunto de normas que integran nuestro sistema jurídico, problema que, especialmente en la última década del siglo xx y posterior a la reforma constitucional del año 2005, ríos de tinta hizo correr y, si bien pareciera que la intensidad del debate ha disminuido, lo cierto es que a la fecha, hecho un somero barrido a la doctrina más reciente, creemos que en lo sustantivo el problema sigue insoluble. Es probable que el proceso constituyente vuelva a encender el debate, como también es posible que un nuevo texto zanje en definitiva la controversia¹. Pero sea cual sea el derrotero que adopte el asunto, el desafío que nos proponemos en esta ocasión es, sin evitar ni dejar de ponderar los diversos argumentos que se han enarbolado a través de estos años, intentar resolver la controversia con una mirada moderna, esto es, desechando las meras repeticiones de argumentos doctrinarios, descartando caer en la trampa de atrincherarse en la literalidad de los textos, y observando la experiencia que nos puede aportar el derecho extranjero y el funcionamiento de organizaciones internacionales.

Para comenzar, repasemos las normas constitucionales sobre las que recae el asunto. Como es sabido, a diferencia de lo que ocurre en otros países, el texto original de 1980 no señaló de manera explícita el lugar que en la jerarquía de la Carta Magna, le corresponde a los tratados internacio-

¹ De hecho, parece observarse una tendencia a reconocer el rango constitucional o supraconstitucional a los tratados sobre derechos fundamentales.

nales respecto de las demás normas que integran el ordenamiento jurídico nacional. Aunque siempre se entendió que tenían la jerarquía de una ley ordinaria², posteriores reformas constitucionales solo tangencialmente abordaron el tema, con lo cual, en definitiva, no resolvió la controversia.

El punto de partida es indudablemente el inciso 2° del art. 5 original de la Carta de 1980, el cual señalaba lo siguiente: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

A su vez, el art. 50 n.° 1 del texto original de 1980, sobre atribuciones del Congreso, señalaba:

“Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”.

En lo referente a las atribuciones del Tribunal Constitucional, los numerales 1 y 2 del art. 82 original de 1980 indicaban:

“1° Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución”;

y

“2° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

Tras la reforma de 1989, el inciso 2° del art. 5 quedó redactado en los términos siguientes:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Por su parte, luego de la última reforma –la de 2005– el nuevo art. 54 n.° 1, sobre las atribuciones del Congreso, quedó en los incisos pertinentes de la siguiente manera:

(Inciso 1°) “Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación

² No obstante, en la CENC se comentó que lo lógico sería que tuviera un rango “supralegal”, sesión 47. Raúl BERTELSEN REPETTO, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, p. 214.

de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”.

(Inciso 5º) “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”.

Y finalmente, tras la misma reforma de 2005, los numerales 1 y 3 del art. 93 quedaron señalando como atribuciones del Tribunal Constitucional lo siguiente:

“1. Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”;

y

“3. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

Podemos observar que el art. 5 original declara un principio de general aceptación, el que el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los derechos fundamentales, que son tales por ser parte de la esencia misma del ser humano, y que, por tanto, la Constitución no los crea, sino que los reconoce por ser previos a la existencia de la norma. Hasta aquí, no hay problema alguno. Sin embargo, la reforma de 1989, queriendo ampliar el catálogo de los derechos reconocidos por la Constitución, así como buscando evitar de parte de los poderes públicos el desconocimiento de nuevos derechos, se quiso incorporar la mención a los tratados en la nueva redacción dada al inciso 2º. Esto en especial, surge como consecuencia de no haberse aplicado con anterioridad ciertas normas sobre derechos fundamentales contenidas en tratados internacionales, usando como argumento que dichos instrumentos estaban ratificados por Chile, pero no estaban vigentes por no haberse publicado formalmente en el *Diario Oficial de la República de Chile*. Y aquí sí que comienzan los problemas en cuanto al lugar que, sobre la base de esta nueva redacción, correspondería a los tratados en Chile, rango legal, rango suprallegal, pero infraconstitucional, rango constitucional, o, incluso, un eventual rango supraconstitucional en el caso de tratados sobre derechos fundamentales, aunque es fácil constatar que la norma no se pronuncia explícitamente al respecto.

En cuanto a la aprobación de tratados por el Congreso, en sus inicios, la norma solo indicaba que la aprobación se sometía a los trámites de una

ley, lo cual reforzaba la teoría de que la ley y el tratado tenían la misma jerarquía normativa por asimilarse el tratado a una ley, en tanto que el texto reformado en 2005 precisó que los tratados se aprobarán con el quórum que corresponda de acuerdo con la materia que traten, se someterán solo en lo que resulte pertinente a los trámites de una ley, con lo que se reconoce la distinta naturaleza de la ley y del tratado³, precisando de paso la normativa que a cada uno es aplicable, y se explicita, por ende, que los tratados solo pueden ser derogados, modificados o suspendidos de acuerdo con lo previsto en los mismos tratados o según las normas generales de derecho internacional. Nuevo problema: según algunos, esta reforma sería la prueba definitiva de que los tratados tienen una naturaleza superior a la ley, aunque aquí también es fácil constatar que las nuevas normas no se pronuncian explícitamente en este aspecto.

Por último, respecto al control de constitucionalidad de los tratados, en el texto original de 1980 se establecía su control facultativo, en tanto que tras la reforma de 2005 se establece, además, el control preventivo obligatorio de aquellos tratados que recaen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales. Otro problema: ¿por qué una característica propia de una norma nacional “infraconstitucional” –esto es, que el tratado recaiga sobre una materia que según la Constitución debe ser regulada por una “ley orgánica”–, hace obligatorio el control preventivo del tratado, que cierta doctrina entiende que tiene una jerarquía superior a la ley? ¿Puede ser la ley (la ley orgánica en vez de la Constitución) la medida de la misma ley (si entendemos que el tratado tiene rango supralegal)?⁴. El problema se agrava o se esfuma según la jerarquía que se le atribuya a los tratados dentro del ordenamiento jurídico.

Los problemas enunciados han dividido a la doctrina en dos corrientes que Sergio Verdugo⁵ ha denominado los “internacionalistas”⁶, que

³ En definitiva, la ley y el tratado tienen distinta naturaleza por ser distintas las reglas que les son aplicables en cuanto a los órganos que intervienen en su creación, los procedimientos de gestación respectivos, los efectos que corresponden a cada uno, así como por las reglas de vigencia, suspensión y causales de terminación de una y otra clase de norma.

⁴ Tomás JORDÁN, “El TC y la jerarquía infra-constitucional de los tratados de derechos humanos: un caso de creación de equivalencia jerárquica”.

⁵ Sergio VERDUGO, “Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional”, p. 56.

⁶ Considérese en este grupo a Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”; Francisco CUMPLIDO CERECEDA, “Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”; José Luis CEA EGAÑA, “Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional”; Emilio PFEFFER URQUIAGA, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”; Hugo

postulan el rango constitucional o, incluso, supraconstitucional de los tratados, rechazando el control de constitucionalidad (aunque hay matices), privilegiando así la estabilidad de las relaciones internacionales y los “constitucionalistas”⁷, partidarios de la primacía de la Constitución y del control de constitucionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, también la doctrina observa que en Chile la discusión se ha centrado más en defender de manera semántica la forma en que operan las expresiones lingüísticas dentro de la Constitución, que abordando el debate desde una perspectiva estrictamente jurídica⁸, lo cual nos lleva a caer en una trampa argumentativa al suponer que la literalidad de los textos refleja con exactitud las ideas que el constituyente o el legislador han deseado transmitir, olvidando que en los hechos las normas suelen surgir de procesos de negociación, que no siempre desembocan en textos finales que expresan el pensamiento inicial de quienes promovieron el respectivo proyecto de ley, o de la reforma constitucional en estudio. Considérese por ejemplo que, si bien el exministro Francisco Cumplido, uno de los negociadores de la reforma de 1989, por una parte defiende la tesis del rango constitucional de los tratados que versan sobre derechos fundamentales, por otra parte, reconoce que el texto final del inciso 2º del art. 5 resultante de dicha reforma no dice lo que en un inicio se esperaba que dijera, señalando:

“En suma, pensamos que en este caso se justificaba la mala técnica legislativa en aras de obtener las reformas; todo quedaba a la interpretación judicial futura”.⁹

Y esto, sin olvidar aquellas ocasiones en que simplemente el lenguaje ha sido utilizado de una manera impropia al legislar.

También es frecuente que quien argumenta o interpreta caiga en el error de hacerlo sin considerar los textos en su conjunto, sino que solo leyendo frases o expresiones aisladas, es decir, no se lee el texto completo, como suele ocurrir con la Carta de 1980 al analizar disposiciones

LLANOS MANCILLA y Edgardo RIVEROS MARIN, “Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile”.

⁷ Forman parte de este segundo grupo Fernando SAENGER GIANONI, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”; BERTELSEN, *op. cit.*; Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos”; Teodoro RIBERA NEUMANN, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”; Eduardo ALDUNATE LIZANA, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”.

⁸ VERDUGO, “Entre la responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 56.

⁹ CUMPLIDO, “Alcances...”, *op. cit.*, p. 257.

específicas sin considerar todos los principios y valores fundamentales, los señalados en las bases de la institucionalidad, en este caso no solo el que la soberanía reconozca como límite los derechos fundamentales, como señala el art. 5, sino que, además, y muy especialmente lo declarado en el complejo art. 1º, por ejemplo, la libertad, la igualdad, la dignidad, la autonomía de los cuerpos intermedios, la servicialidad del Estado, y el bien común, todos ellos operando en armonía.

Y, por último, en lo que a derechos fundamentales se refiere, tampoco debemos olvidar que, conforme a lo ya señalado respecto a la redacción original del art. 5 de la Carta de 1980, la propia CENC entendió que la protección que otorga la Constitución a los derechos fundamentales se refiere no solo a los por ella mencionados, sino que recae sobre todos los derechos inherentes a la naturaleza humana¹⁰, lo cual, a la luz de la problemática que estamos abordando, nos agrega nuevas interrogantes. A la nueva frase del inciso 2º:

“...tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”,

se le puede terminar dando un sentido literal, absurdo y peligrosamente reductivo, es decir, que el deber de los órganos del Estado de respetar y promover “tales derechos” se refiere a aquellos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigentes, y no más, como si todos los derechos imaginables que pudieren emanar de la naturaleza humana estuvieran contenidos en la Constitución y los señalados tratados, lo cual es, de hecho, imposible. Por tanto, considerando que el inciso 2º original no hacía dicha “precisión”, sino que tenía una redacción más abierta y abstracta, desde un punto de vista práctico y haciendo un ejercicio de realismo jurídico, ¿qué es lo realmente nuevo y que de modo objetivo incorporó la reforma de 1989 al inciso 2º? ¿Si en concreto no hay nada nuevo, de qué sirvió dicha reforma? Y en referencia a la Constitución, ¿es en verdad admisible y deseable que existan procedimientos secundarios de reforma, en la práctica “reformas tácitas”, aunque sea para “incorporar” nuevos derechos?

Por todo lo ya señalado, es que queremos abstraernos de las discusiones semánticas, apartarnos de las clásicas argumentaciones en favor o en contra de las diversas posturas, y así aventurarnos a encontrar el lugar que corresponde a los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, buscando los efectos prácticos que producen las diferentes teorías, considerando la experiencia comparada y, en especial, efectuar este análisis desde la Carta

¹⁰ CENC, sesión 203.

Fundamental: ¿qué puede ocurrirle a la Constitución bajo cada teoría? Esperamos que sea la realidad la que nos dé las respuestas.

I. Planteamiento tradicional:

El “bloque de constitucionalidad” y la jerarquía de los tratados

Tras la reforma constitucional de 1989, a partir de la nueva frase del inciso 2º:

“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”,

comienza a tomar fuerza en nuestro país la teoría del “bloque de constitucionalidad”, el cual se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros, que sirve de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma, de manera tal que esta agrupación supera la concepción formal de la Constitución y esta se hace más elástica, dando mayor amplitud a las valoraciones en materia de constitucionalidad, reforzando la fuerza normativa de la Constitución¹¹. Se trataría de una totalidad de valores, principios y preceptos de la Carta Suprema y de la normativa u ordenamiento establecido que, de manera directa e inmediata, y tanto en forma como en contenido, ha sido dictado respetando el texto, contexto y espíritu de ella, quedando absorbida la serie de tratados internacionales solemnes que versan sobre derechos, deberes y garantías de la persona, ratificada por Chile y vigente en nuestro país¹².

Así, se señala que la Constitución establece en este inciso 2º, en forma expresa, dos modalidades de institucionalización de derechos naturales, la propia norma constitucional y el tratado internacional, donde la primera modalidad permite la introducción de nuevos derechos o el fortalecimiento de los ya asegurados por medio del procedimiento de reforma, mientras que la segunda modalidad permite incorporar a la Constitución material los derechos naturales que no están expresamente contenidos en la Carta Magna, o no se hayan incorporado a ella, con la formalidad

¹¹ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 32.

¹² Marisol PEÑA TORRES y Patricio ZAPATA LARRAÍN, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, p. 307 y ss.

procedimental que dicha reforma requiere¹³. Por tanto, como consecuencia de esta nueva redacción del inciso 2º, los tratados que versan sobre derechos fundamentales habrían sido elevados a rango constitucional e, incluso, según algunos a un rango supraconstitucional,¹⁴ puesto que en virtud de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, cuyo art. 27 prohíbe a los Estados miembros dejar de cumplir un tratado invocando su derecho interno, así como también de las normas que son parte del *ius cogens*, es decir, aquellas normas generales del derecho internacional indisponible para los Estados como: la buena fe, el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), el respeto de los actos propios y los derechos fundamentales entre otros, los tratados sobre derechos fundamentales quedarían excluidos de la posibilidad de ser inaplicados, desconocidos o vulnerados por normas del derecho interno chileno, como consecuencia de versar sobre derechos que limitan el ejercicio de la soberanía por emanar de la naturaleza humana.

E, incluso, en tiempos más recientes ha surgido doctrina que propone ya no solo esta conjunción de carácter “general” dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sino que se ha aventurado la posibilidad de establecer otros de carácter sectorial como sería, por ejemplo, un “bloque de constitucionalidad ambiental”¹⁵, en este caso, compuesto por un conjunto de derechos esenciales o fundamentales ambientales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío establecidas de forma expresa y directa por ella, incluyendo las de derecho internacional, teniendo especial relevancia, como fuente de dichos derechos ambientales, los tratados ambientales ratificados por el país y que se encuentran vigentes, que al ser incorporados al ordenamiento jurídico nacional, se entienden formar parte de él, al igual que su contenido, con todo lo que ello significa para el Estado chileno y su población¹⁶.

Como hemos señalado, en Chile la discusión ha tendido a centrarse en tratar de determinar la “jerarquía” de los tratados, planteándose al menos cuatro posiciones doctrinarias distintas: rango legal, rango suprallegal, pero infraconstitucional, rango constitucional y rango supraconstitucional para el caso de los tratados sobre derechos fundamentales. Creemos, sin embargo, que el tema es mucho más complejo, pues nos presenta varias interrogantes, en especial al contrastar el caso chileno con un todo nor-

¹³ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴ *Op. cit.*

¹⁵ Raúl CAMPUSANO DROGUETT, “Estado de derecho y bloque de constitucionalidad Ambiental. Primera parte”.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 506 y s.

mativo reconocido en otros países. En primer lugar, si bien pareciera haber consenso entre quienes defienden la teoría del bloque chileno en cuanto a que este se trataría de un conjunto de normas que tendrían rango constitucional o supraconstitucional con carácter material, consideramos que de todas maneras este tiene poco sustento en el texto normativo. No queda del todo claro qué elementos específicamente lo conformarían, en contraposición a lo que se observa en otras latitudes en cuanto a que los componentes de aquellos bloques suelen estar muy bien individualizados, tratándose más que todo de un grupo cerrado de normas, principios y valores, y no de componentes solo referidos en términos genéricos, como sería en Chile la referencia a “tratados internacionales sobre derechos fundamentales”: ¿cuáles tratados específicamente? Tampoco queda del todo clara la función que cumpliría el bloque, si bien se señala que es un conjunto de elementos de contenido constitucional material, de nuevo esa descripción resulta demasiado vaga, en contraposición a las funciones específicas que desempeñan bloques extranjeros, por ejemplo, como veremos, suplir lagunas normativas o regular la distribución de competencias entre los diferentes niveles de la administración. De la mano con lo anterior, cabe también preguntarse, ¿son del todo posibles bloques sectoriales? Si aceptamos que cada uno de ellos, en su respectivo país está concebido para desempeñar una sola tarea específica, la respuesta lógica sería que el bloque es uno solo y, por tanto, no proceden los sectoriales. Otro problema es el del control de constitucionalidad de los tratados, que en el caso chileno se ha centrado en el hecho de que la Constitución exige el control preventivo obligatorio de los tratados sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales, mientras que en otros países el control de constitucionalidad procede sin distinción en cuanto al tema que regula el tratado, lo cual nos hace dudar en cuanto a si en realidad es natural que un tratado pueda equipararse sin más a la Constitución. Y, en última instancia, para el caso especial de los tratados sobre derechos fundamentales, que podrían ser una vía secundaria de reforma constitucional, ¿es razonable y aconsejable que una Constitución se reforme tácitamente?

Creemos que en Chile la teoría del bloque de constitucionalidad se ha planteado demasiado a la ligera, en un intento un tanto irreflexivo de introducir dicha doctrina a nuestro ordenamiento constitucional sin suficiente sustento normativo, en especial considerando los problemas prácticos que puede generar la extraña figura de la “reforma tácita”, que en cierto modo le resta a la Constitución su categoría de norma suprema. Estimamos que la jerarquía de las distintas clases de normas dentro del ordenamiento jurídico debe señalarla de modo explícito la Constitución, lo cual, en el caso chileno, respecto de los tratados, no ha ocurrido hasta la fecha. En

los apartados siguientes, analizaremos algunos bloques de constitucionalidad extranjeros, el lugar que en otros países ocupan los tratados, y el caso especial del derecho de la Unión Europea, para así, con las conclusiones obtenidas, tratar de hallar solución a nuestra encrucijada.

II. ¿Qué es realmente el bloque de constitucionalidad?

Para comprender con exactitud en qué consiste esta noción, vamos a analizar el ordenamiento constitucional de dos países en los que se ha desarrollado significativamente esta teoría, ambos de profunda influencia en nuestro derecho chileno: Francia y España. Con este examen pretendemos dilucidar los elementos esenciales que configuran el bloque, las funciones que se le atribuyen en cada uno de estos países, así como también tratar de determinar en qué medida y de qué manera esta teoría puede ser extrapolada a la realidad de nuestro país. En definitiva, queremos analizar el grado de coincidencia que podría existir entre la forma en que se plantea en Chile la teoría del “bloque”, con la forma en que esta funciona en otras latitudes.

Comencemos por Francia. Se dice en este país que el bloque de constitucionalidad son normas de referencia utilizadas por el Consejo Constitucional en su actividad de control de constitucionalidad de normas inferiores a la Constitución, para lo cual estas se confrontan con las normas de referencia que conforman el bloque¹⁷. Se trata del conjunto de principios y reglas de valor constitucional cuyo respeto se impone al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y también a los particulares¹⁸. Esta realidad de conjunto surge en Francia con la famosa sentencia del Consejo Constitucional de 16 de julio de 1971 sobre la libertad de asociación, como consecuencia de lo pobre del texto constitucional en lo que a derechos fundamentales se refería¹⁹, para suplir la carencia de una adecuada parte dogmática de la Constitución es que el Consejo crea la teoría del bloque, apoyándose en los principios y valores que razonablemente podían desprenderse del texto constitucional, con lo cual se amplía de forma considerable la base normativa sobre la que deben compararse los actos y normas sujetos a control²⁰. Se trataba, en definitiva, de superar una verdadera laguna normativa. Por consiguiente, en la cúspide de la jerarquía normativa se encuentra este conjunto de normas de valor constitucional, referente en la que se apoya el Consejo Constitucional para

¹⁷ Éric SALES, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, p. 258.

¹⁸ Karine ROUDIER, *Droit constitutionnel*, p. 175.

¹⁹ SALES, *op. cit.*, p. 212.

²⁰ Philippe FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 389.

realizar su labor de control²¹. Este conjunto de normas, conocido también como “carta jurisprudencial de derechos y libertades”²², no es rígido, sino que está abierto a la evolución, tanto como consecuencia del natural desenvolvimiento de la sociedad, de las reformas introducidas por la acción del poder constituyente derivado, como también de la interpretación efectuada por el juez constitucionalmente habilitado para ello.

El bloque francés se compone de elementos “explícitos”²³ e “implícitos”²⁴. Los elementos explícitos son aquellos mencionados directamente en el texto constitucional de 1958, ya sea en el texto mismo de la Constitución, que sabemos es en su mayor parte orgánica, por ejemplo, el carácter laico, democrático, social y descentralizado de la república (art. 1º), el sufragio universal, igualitario y secreto (art. 3º), la continuidad del Estado (arts. 5º y 16), el respeto a los tratados internacionales (arts. 5º y 55), la libertad personal (art. 66), la prohibición de la pena de muerte (art. 66-1) o la participación de Francia en la Unión Europea (art. 88-1)²⁵, como también en los instrumentos a cuyos principios y valores, de acuerdo con el Preámbulo²⁶ de la Constitución, adhiere el pueblo francés, y que según la jurisprudencia del Consejo Constitucional tienen valor constitucional, a saber: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo a la Constitución de 1946 y la Carta del Medio Ambiente de 2004. Los elementos implícitos, en tanto, se desprenden del contenido del Preámbulo de la Constitución de 1946, y son los “Principios Fundamentales Reconocidos por las Leyes de la República” (numeral 1 del Preámbulo), los “Principios Particularmente Necesarios a Nuestro Tiempo” (numeral 2) de marcado carácter económico-social²⁷, y las más recientemente reconocidas²⁸ “reglas del derecho público internacional”

²¹ FOILLARD, *op. cit.*, p. 388.

²² SALES, *op. cit.*, p. 258.

²³ *Op. cit.*, p. 258 et s.

²⁴ *Op. cit.*, p. 261 et ss.

²⁵ Valérie GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux Constitutionnel*, p. 111 et s.

²⁶ El texto del Preámbulo de la Constitución francesa dice actualmente lo siguiente: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo a la Constitución de 1946 y a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2004.

Por virtud de estos principios y de la propia determinación de los pueblos, la República ofrece, a los Territorios de Ultramar que hayan manifestado voluntad, adhesión a nuevas instituciones fundadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad, concebidas con el propósito del desarrollo democrático”.

²⁷ Por ejemplo: el derecho al trabajo, los derechos de la familia, derecho a la protección de la salud y derecho a la instrucción. FOILLARD, *op. cit.*, p. 389 et s.

²⁸ GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 142.

(numeral 14). Y, además, debemos agregar a este grupo de elementos implícitos los denominados “Principios y Objetivos de Valor Constitucional”, normas implícitas que el juez establece, por un método de interpretación inductivo, a partir de reglas escritas²⁹.

Respecto de los elementos explícitos, señalaremos que estos corresponden a las normas que en términos generales hallaríamos en las Constituciones occidentales, pero, en cambio, respecto de los elementos implícitos se deben hacer mayores precisiones. Los Principios Fundamentales Reconocidos por las Leyes de la República son principios constantemente reafirmados por leyes republicanas anteriores al Preámbulo de 1946, es decir, son principios que provienen de leyes anteriores a la IVª República (1946), pero excluyendo a las dictadas por el imperio o la monarquía³⁰, y que, además, no deben estar en contradicción con otras leyes republicanas³¹, por ejemplo, la libertad de asociación, la libertad de enseñanza, la libertad individual, la independencia de la jurisdicción administrativa, la libertad de cátedra, la atenuación de la responsabilidad penal de los menores o el respeto a la normativa reglamentaria propia no derogada o armonizada de los departamentos de Bajo Rhin, Alto Rhin y Mosela (en razón de su pasado alemán)³². Por consiguiente, se trata de principios que están en las leyes, y cuya positiva consagración impide que entren en esta categoría de principios fundamentales las meras tradiciones republicanas. Estos principios dan al Consejo Constitucional margen para conciliar entre ellas las normas constitucionales³³. En cuanto a los Principios Particularmente Necesarios a Nuestro Tiempo, se trata de principios políticos, económicos y sociales formulados de manera general en el Preámbulo de 1946³⁴. Sin embargo, advierte la doctrina que cada vez el Consejo Constitucional es más reacio a ampliar este catálogo de principios, como también lo es en cuanto a censurar leyes invocándolos³⁵, con lo cual se puede constatar que dichos principios tienen un carácter marginal dentro de conjunto. Así, a modo de ejemplo, no fueron utilizados entre 1988 y 2002, por lo que, incluso, se llegó a postular su abandono (hasta 1996)³⁶. Por esta razón, decimos que es difícil para quien pretenda invocarlos el identificar nuevos principios.

²⁹ Por ejemplo: la separación de poderes, la continuidad de los servicios públicos, la lucha contra el fraude fiscal y la accesibilidad e inteligibilidad de la ley. *Op. cit.*, p. 128 et s.

³⁰ *Op. cit.*, p. 124.

³¹ FOILLARD, *op. cit.*, p. 389.

³² SALES, *op. cit.*, p. 262.

³³ FOILLARD, *op. cit.*, p. 389.

³⁴ GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 127.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ SALES, *op. cit.*, p. 262.

No forman parte del bloque los tratados internacionales³⁷, las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas, por así desprenderse de los arts. 54 y 61 de la Constitución^{38,39}. No obstante, por excepción decimos que las leyes orgánicas sí deben incluirse, aunque en Francia se entiende que tales leyes tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, ya que ellas tienen por objetivo precisar la organización y funcionamiento de los poderes públicos en el marco de principios señalados por la Constitución, es decir, son leyes que dan aplicación a esta^{40,41} y, por ello, están sujetas al control preventivo obligatorio por parte del Consejo Constitucional, para evitar que en los hechos las disconformidades produzcan “Constituciones paralelas”⁴². El problema respecto del bloque surge porque el art. 53 de la Constitución señala que los tratados referidos a ciertas materias específicas deben ser autorizados por una ley ordinaria, en especial los tratados que

³⁷ Por excepción, el Consejo Constitucional se ha abierto a examinar la compatibilidad entre una ley nacional y una directiva de la Unión Europea solo respecto de las leyes que transponen una directiva en el derecho interno, ya que entiende que la transposición es resultado de una exigencia constitucional por el hecho de ser Francia miembro de la Unión (arts. 88-1 y ss. de la Constitución). SALES, *op. cit.*, p. 267.

³⁸ *Op. cit.*, p. 264 et ss.

³⁹ FOILLARD, *op. cit.*, p. 388.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 346 et s.

⁴¹ Por el contrario, en España se entiende que las leyes orgánicas tienen la misma jerarquía que una ley ordinaria, y solo se diferencian de estas últimas por tener un procedimiento agravado de dictación, en este caso la exigencia de mayoría absoluta de la Cámara de Diputados (art. 81.2 de la Constitución): M^a Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ, “Las leyes de producción parlamentaria”, p. 89. En Chile, luego de un periodo inicial de confusión doctrinal y jurisprudencial, también terminó imponiéndose la teoría del rango legal de las leyes orgánicas, las que solo se diferenciarían de otros tipos de leyes por su procedimiento agravado de dictación: Eduardo CORDERO QUINZACARA, “La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional” y Sergio VERDUGO, “Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales”. Y tanto en Chile como en Francia se exige para su dictación quórum reforzado y control preventivo obligatorio de constitucionalidad.

⁴² Art. 61: Las leyes orgánicas antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, o sesenta diputados o senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno y si existiese urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días.

En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.

modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa⁴³, en tanto que el art. 54 señala que la ley que autoriza el tratado debe ser precedida por una reforma constitucional si el tratado contiene disposiciones contrarias a la Constitución⁴⁴, lo cual provoca la manifiesta contradicción normativa de que una ley ordinaria pueda autorizar un tratado que contenga normas contrarias a una ley orgánica, y que, por consiguiente, sea contraria a la Carta Fundamental, por tratarse de una norma que da aplicación a esta, y es para evitar este conflicto normativo que el Consejo Constitucional ha entendido que las leyes orgánicas deben formar parte del bloque, no obstante su jerarquía infraconstitucional⁴⁵. Por tanto, podemos constatar que no todos los elementos que integran el caso francés tienen jerarquía constitucional, es decir, integran también el grupo de normas de referencia para efectuar el control de constitucionalidad normas de naturaleza infraconstitucional.

Se dice que los elementos que lo integran tienen todos el mismo valor constitucional en lo formal, es decir, no hay en su interior elementos que tengan un mayor valor constitucional que otros⁴⁶, pero sí habría diferencias entre ellos en cuanto a lo material, entendiéndose que existen derechos y libertades que son más o menos protegidos, fundamentalmente en razón del mayor o menor grado de desarrollo que contengan al respecto los textos de referencia, por ejemplo, gozarían de mayor protección la libertad de opinión y la libertad individual, por sobre otros derechos y libertades como la igualdad, la propiedad y la libertad de empresa⁴⁷.

Pero, en todo caso, nos advierte la doctrina que se observa en el Consejo Constitucional la tendencia a resolver los casos que se le presentan buscando de preferencia apoyarse en el derecho escrito, es decir, que la

⁴³ Art. 53: Los tratados de paz, los tratados de comercio, los tratados o acuerdos relativos a la organización internacional, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, los que modifiquen disposiciones de naturaleza legislativa, los relativos al estado de las personas y los que entrañen cesión, canje o accesión territorial, no podrán ser ratificados ni aprobados sino en virtud de una ley.

No surtirán efecto sino después de haber sido ratificados o aprobados.

Ninguna cesión, canje o accesión territorial será válida sin el consentimiento de las poblaciones interesadas.

⁴⁴ Art. 54: Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o por sesenta diputados o senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución.

⁴⁵ GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 133 et s.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 148 et s.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 149 et ss.

tendencia es la explicitación de las fuentes de referencia con las que resuelve los casos, para así evitar que pueda ser acusado de “crear” derecho constitucional a partir de la nada y, en definitiva, de enriquecer el bloque como le plazca, afectando con ello su propia autoridad⁴⁸.

El caso español es un tanto diferente. Se entiende en España que el bloque de constitucionalidad está formado por el conjunto de normas que determinan la distribución de competencias y atribuciones entre el gobierno nacional y los gobiernos de las Comunidades Autónomas, como consecuencia de ser un Estado regional. En efecto, como en todo Estado compuesto, la distribución de competencias en España parte de la Constitución, pero a diferencia de los Estados federales, la operación de distribución no se termina en la propia Constitución, porque esta contiene una lista de máximos y reenvía a los Estatutos de Autonomía para definir las competencias que corresponde a cada Comunidad. A lo anterior debe agregarse una situación de hecho: inicialmente la Constitución distinguía dos grupos de comunidades según si elaboraron sus estatutos por la “vía reforzada” del art. 151 (País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía y Navarra) o por la “vía ordinaria” conforme a los arts. 143 y 146, estableciendo así dos niveles de competencias: uno amplio derivado del art. 149 para el grupo de la vía reforzada, que permitía a estas comunidades adoptar toda atribución que dicho artículo no atribuyera de modo explícito y exclusivo al gobierno central, y otro más reducido, compuesto por las competencias que taxativamente señalaba el art. 148 para el resto de la comunidades. Así, dentro del nivel competencial correspondiente a cada comunidad, cada Estatuto de Autonomía asumía las competencias que estimaba convenientes, sabiendo que las demás quedarían por defecto en la competencia del Estado central. Y, si bien en general las Comunidades Autónomas tendieron a recoger en sus estatutos todas las competencias que de acuerdo con la Constitución les eran atribuibles, de todas formas, la redacción de cada estatuto introdujo diferencias, sin perjuicio de que además, en ocasiones, algunas Comunidades no deseaban una determinada competencia o, incluso, se olvidaban de recogerla⁴⁹.

El establecimiento de los Estatutos de Autonomía supuso la irrupción en el ordenamiento jurídico de una nueva clase de norma que va a transformarlo sustancialmente. Esto es así, porque los Estatutos de Autonomía fundan una comunidad autónoma, la dotan de poder político y permiten que este se desenvuelva a través de la emanación de leyes en su ámbito competencial respectivo, que son desarrolladas por sus ejecutivos y sus

⁴⁸ GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁹ Eliseo AJA, *Estado autonómico y reforma federal*, p. 157 y ss.

administraciones, y es lo que, en definitiva, permite calificar al Estatuto de norma institucional básica⁵⁰. En tal sentido, el art. 147.1 de la Constitución nos señala:

“Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico”.

Esta norma ha planteado el clásico dilema referente a la naturaleza jurídica de los Estatutos de Autonomía, en cuanto a si son una norma estatal o una regional, afirmándose que la respuesta depende del procedimiento que se ha seguido para su elaboración: si se utilizó el procedimiento del art. 146⁵¹, se trata sin duda de un acto unilateral del Estado, mientras que si se ha seguido el largo y complejo procedimiento del art. 151, estamos, entonces, frente a un pacto, es decir, un acto complejo que requiere la participación de dos sujetos jurídicos públicos, sin perjuicio de que, para ambos casos, los procedimientos de reforma a los estatutos los consideran como un pacto, todo ello teniendo en cuenta que el estatuto es, ante todo, una norma estatal, pues forma parte tanto del ordenamiento jurídico estatal como del de la comunidad, y que la Comunidad Autónoma no existe como tal hasta la entrada en vigor de dicho Estatuto⁵².

Otro importante problema práctico para estudiar las dificultades que plantea la distribución de competencias entre el Estado central y la Comunidades es determinar qué clase de norma es el estatuto dentro del ordenamiento jurídico nacional. Aquí la norma clave es el art. 81.1 de la Constitución⁵³, el cual señala que son leyes orgánicas las que aprueban Estatutos de Autonomía, precepto que ha llevado a la doctrina a discutir si solo es ley orgánica la que aprueba el Estatuto o si también el Estatuto mismo tiene dicho carácter. El problema radica en que, si bien el tenor literal del art. 81.1 pareciera indicar que solo es ley orgánica la que aprueba

⁵⁰ Enrique ÁLVAREZ CONDE, Alfonso GARCÍA-MONCÓ y Rosario TUR AUSINA, *Derecho autonómico*, p. 123.

⁵¹ Art. 146: El proyecto de Estatuto será elaborado por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas y será elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley.

⁵² ÁLVAREZ, GARCÍA-MONCÓ y TUR, *op. cit.*, p. 123 y s.

⁵³ Art. 81: 1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

un estatuto, un sector de la doctrina defiende la imposibilidad de distinguir entre la ley de aprobación y el estatuto mismo, ante la ausencia de una norma constitucional que señale explícitamente la posición de los Estatutos dentro del ordenamiento jurídico e el ámbito estatal⁵⁴. Se argumenta, en cambio, la necesidad de hacer la distinción en razón de que el procedimiento de elaboración de una ley orgánica y de un estatuto son diferentes, en especial si este se dicta siguiendo el procedimiento del art. 151, los procedimientos de reforma también son distintos, ya que un estatuto no puede modificarse por una ley orgánica y, como consecuencia de lo anterior, el estatuto, una vez aprobado, se convierte en algo indisponible para el Estado, lo cual no procede respecto de las leyes orgánicas, es decir, solo puede modificarse con la concurrencia de voluntades del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva⁵⁵. Pero en contrapartida, los estatutos forman parte del “bloque de constitucionalidad”, convirtiéndose en uno de los parámetros para apreciar la constitucionalidad de la demás leyes, es decir, se puede distinguir de modo claro entre anticonstitucionalidad y antiestatutoriedad, siendo ambos supuestos motivos suficientes para declarar la nulidad de una norma⁵⁶, sea que el Estado invada la esfera de competencias que la respectiva Comunidad o, bien, sea que esta desborde el marco competencial que le señala su propio Estatuto.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 sintetizó las principales características de los Estatutos de Autonomía, señalando que son normas complejas en las que confluyen diversas voluntades para su elaboración, son normas del Estado subordinadas a la Constitución, que deben ser interpretadas conforme a esta, si bien la complementan integrando el denominado “bloque de constitucionalidad”, su relación con las restantes normas estatales es de carácter material, por lo que el estatuto no puede desconocer los criterios que utiliza la Constitución para reservar determinadas materias a otras leyes orgánicas, al tiempo que la potestad estatuyente debe conectarse con la capacidad normativa del legislador ordinario, ya que el principio democrático puede verse afectado por las regulaciones estatutarias que estuvieren dotadas de tal densidad normativa que resulte limitada la actividad del legislador autonómico⁵⁷.

En este contexto, un arduo trabajo recayó en el Tribunal Constitucional para ir delimitando jurisprudencialmente qué competencias corres-

⁵⁴ ÁLVAREZ, GARCÍA-MONCÓ y TUR, *op. cit.*, p. 124 y s.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 125.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 126.

pondían a cada Comunidad Autónoma y cuáles, en cambio, correspondían al gobierno central, tarea en gran medida abordada durante la primera década de vigencia del sistema autonómico, la cual estuvo caracterizada por una alta litigiosidad por no resultar muchas veces del todo claro qué atribución correspondía a cada nivel de competencia, sumado a esto los naturales intereses circunstanciales de carácter partidista que no hacían más que aprovechar la coyuntura de los efectos de esta alta litigiosidad⁵⁸. De suma conflictividad resultó la aplicación de la atribución correspondiente al gobierno central señalada en el art. 149.1.13º “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, ya que esta importante competencia, combinada con la redacción tan general que se le dio a dicha norma, hacía extremadamente fácil que el gobierno nacional terminara invadiendo las competencias de las Comunidades Autónomas⁵⁹. La alta litigiosidad poco a poco fue decreciendo, según se iba asentando la jurisprudencia constitucional, y también en gran medida a consecuencia de los “pactos autonómicos” de 1992, acuerdo político que permitió la ampliación de competencias, igualando entre sí a las Comunidades⁶⁰. Es en este complejo contexto que surge la teoría del bloque en España. El Tribunal Constitucional ha reiterado la posición de determinadas leyes cuyo respeto a otras normas con rango de ley condiciona su constitucionalidad, por ejemplo, las leyes dictadas por las Comunidades están sometidas al contenido del respectivo estatuto dadas las competencias que la propia Constitución le reconoce mediante la ley orgánica que lo aprueba⁶¹.

Y esta ardua labor del Tribunal Constitucional en cuanto a delimitar las atribuciones que corresponden a cada nivel competencial, dando origen al bloque de constitucionalidad español, tiene, además, su fuente normativa en la propia Ley orgánica 2/1979 que reglamenta el funcionamiento del Tribunal Constitucional, cuyo art. 28.1 señala lo siguiente:

“Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”.

⁵⁸ AJA, *op. cit.*, p. 51 y ss.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 161 y ss.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 56 y ss.

⁶¹ M^a Fuencisla ALCÓN YUSTAS y Federico DE MONTALVO JAASKELAINEN, “La Constitución”, p. 69.

Tenemos, por tanto, que al igual que en el caso francés, en que el Consejo Constitucional construyó la teoría del bloque a partir de lo señalado con explicitud en el Preámbulo de la Constitución de 1958, el fundamento del ejemplo español también está en la normativa positivamente establecida, en este caso en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al señalar esta que, para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una norma, el Tribunal Constitucional deberá considerar, además de la propia Carta Fundamental, las leyes que, dentro del marco constitucional, delimiten competencias entre el Estado y las Comunidades.

En este punto, nos parece interesante hacer una breve mención al derecho constitucional de Austria, dado que su Constitución, que data de 1920, y en cuya redacción participó decisivamente el ilustre Hans Kelsen instaurando allí el primer Tribunal Constitucional, carece de un catálogo de derechos definido, al igual que en Francia, ya que cuenta con un número indeterminado de derechos fundamentales dispersos en el texto (por ejemplo, el art. 7 señala algunas igualdades), y en varias otras normas constitucionales. Lo anterior se produce porque dicha Carta Fundamental no consta de un único texto, sino que, por orden de la misma Constitución, en dicho país existe un interesante bloque de constitucionalidad del cual forman parte disposiciones contenidas en leyes federales ordinarias (cerca de mil), pero con valor constitucional. En efecto, el art. 44 de la Constitución señala que el Consejo Nacional (la Cámara Baja) puede aprobar disposiciones de valor constitucional contenidas en leyes comunes⁶², al tiempo que el art. 149 señala un catálogo de leyes a las cuales les asigna valor constitucional, entre ellas la Ley Fundamental de Estado sobre derechos generales de los ciudadanos de 21 de diciembre de 1867, que reconoce derechos como: la igualdad ante la ley, la libertad de circulación, el derecho de propiedad y los derechos de reunión y asociación, y la ley de inviolabilidad del domicilio de 27 de octubre de 1862⁶³, más otras leyes constitucionales que regulan derechos como: el acuerdo sobre libertad de prensa de 1918, la ley sobre protección de la libertad personal de 1988 y más otras leyes estatales o regionales que contienen algún derecho⁶⁴.

⁶² Art. 44.1: Las leyes constitucionales o las disposiciones constitucionales contenidas en leyes simples pueden ser aprobadas por el Consejo Nacional solo en presencia de al menos la mitad de los miembros y por mayoría de dos tercios de los votos emitidos; se especificarán explícitamente como tales (“derecho constitucional”, “disposición constitucional”).

⁶³ Señala el art. 149.1: “Además de la presente ley, las siguientes leyes, con las modificaciones exigidas por esta ley, se considerarán, en el sentido del artículo 44, párrafo 1, como derecho constitucional [...]”, señalando a continuación el catálogo de leyes.

⁶⁴ Cristina ELÍAS MÉNDEZ, “El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su integración con el derecho de la Unión Europea”, p. 137 y ss.

Podemos observar que en Austria no todo el derecho constitucional está contenido en la Constitución, sino que, similar a lo que ocurre en Francia, encontramos normas de valor constitucional en leyes comunes con el fin de abordar adecuadamente los derechos fundamentales.

Habiendo analizado, aun con brevedad, ambos casos, el francés y el español, podemos arribar a las siguientes conclusiones generales:

1. En ambos países el respectivo bloque de constitucionalidad surge de la jurisprudencia de la judicatura constitucional a partir de lo explícitamente señalado en las Constituciones respectivas y en la ley, es decir, en ambos casos el origen normativo se encuentra dentro de lo que está positivamente regulado. El bloque no es ni una mera invención abstracta, ni una suerte de interpretación creativa del juez constitucional o de la doctrina.
2. En ambos países el bloque es un conjunto taxativo y cerrado de elementos señalados por las respectivas Constituciones. No se les pueden agregar nuevos componentes a discreción. En el caso francés, se entiende que el Consejo Constitucional puede de pronto descubrir nuevos principios y valores que integren el bloque, pero siempre a partir de los elementos ya señalados en la Constitución, y en ningún caso podrá crear derecho constitucional. En el caso español, en cambio, parece más difícil engrosar el bloque, ya que este, en principio, se compone en exclusiva de la Constitución y los estatutos de las diecisiete Comunidades Autónomas.
3. Si bien en ambos países el bloque cumple el mismo “objetivo general”, que es servir de referencia para velar por el cumplimiento de la supremacía constitucional, en cada país los respectivos bloques están concebidos para desempeñar “funciones específicas” del todo diferentes, pues mientras en Francia se trata de velar por el respeto de los derechos y libertades fundamentales para suplir así la carencia del texto constitucional de una adecuada parte dogmática, en España, por el contrario, se busca velar por el cumplimiento de la delimitación constitucional entre las competencias que corresponden al Estado central y las que recaen en cada una de la Comunidades Autónomas.
4. En ambos países podemos observar que los respectivos bloques están formados por normas que no solo tienen diferente naturaleza, sino que, además, se trata de elementos que tienen diferente jerarquía normativa, como es el caso de las leyes orgánicas en el bloque francés, y de los Estatutos de Autonomía en el español, es decir, en ambos casos no todos los elementos que

conforman los bloques tienen rango constitucional. Por tanto, no es necesario que todas las normas de referencia tengan igual jerarquía y, entonces, es falso afirmar que solo lo que se eleva a rango constitucional adquiere mayor preponderancia en el ordenamiento jurídico.

5. Los elementos que conforman el bloque, que siempre surgen del texto mismo de las respectivas Constituciones, pueden tener igual jerarquía en lo formal, pero no necesariamente igual jerarquía en lo material.
6. El bloque de constitucionalidad es uno solo y tiene un carácter general. Por consiguiente, no existen “bloques sectoriales” relativos a materias específicas, como sería, por ejemplo, un supuesto “bloque de constitucionalidad ambiental”. Refuerza esta conclusión lo ya señalado en cuanto a que en ambos países está concebido para desempeñar la misma función “general”, pero que, a la vez, es distinta en lo específico a la de su homólogo.
7. Según ambos textos normativos, tanto en Francia como en España los tratados y acuerdos internacionales están excluidos de dicho bloque.
8. Lo referido sobre Austria, en general coincide con lo señalado respecto de Francia y España.

III. Posición general del derecho internacional en el derecho occidental

Habiendo estudiado este fenómeno en dos países que gran influencia han ejercido sobre el derecho chileno a lo largo del tiempo, vamos a enfocarnos en descubrir cuál es el lugar que naturalmente ocupa el derecho internacional en algunos de los más influyentes países occidentales de tradición continental, tratando que sea la realidad la que nos dé las respuestas.

En Francia el art. 53 de la Constitución señala ciertas materias que requieren la autorización de una ley ordinaria para su aprobación, el art. 54 establece que si el Consejo Constitucional declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar dicho compromiso solo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución; a su vez, el art. 55 prescribe que los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte, aunque la doctrina

entiende que respecto de aquellos referidos a derechos fundamentales no debiera exigirse la reciprocidad⁶⁵, en tanto que el numeral 14 del Preámbulo de la Constitución de 1946 señala que Francia, fiel a sus tradiciones, respetará las normas del derecho internacional público, es decir, el derecho internacional consuetudinario, el *ius cogens*, no los tratados, los cuales se rigen por los artículos ya señalados de la Constitución. Cabe señalar que en Francia el Consejo Constitucional se ha declarado incompetente para realizar el control de convencionalidad, o sea, la conformidad de una norma a los tratados, dado que estos no integran el bloque de constitucionalidad francés y, además, porque la declaración de constitucionalidad produce efectos absolutos, mientras que la superioridad del tratado sobre la ley es relativa, por cuanto opera solo circunscrita al ámbito de aplicación del tratado y, en consecuencia, el control de convencionalidad ha recaído en la Corte de Casación y en el Consejo de Estado⁶⁶.

En España, señala el art. 93 de la Constitución que la autorización para celebrar tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución requiere de ley orgánica; el art. 94 indica un grupo de materias que requieren autorización previa del Parlamento para que el Estado se obligue por medio de tratados o convenios; el art. 95 prescribe que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional y el art. 96 señala que los tratados celebrados de manera válida, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, y solo podrán ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. No señala en términos generales que el derecho internacional consuetudinario será parte del derecho nacional. Pero, al igual que en Francia, se ha entendido en España que los tratados tienen rango supralegal, pero infraconstitucional⁶⁷. Cabe agregar que el art. 10 señala que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce “se interpretarán” de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, es decir, es esta una norma de interpretación conforme a los señalados tratados, es

⁶⁵ GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.*, p. 137 et s.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 136 et s. y ROUDIER, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁷ JUSTE RUIZ, José, Mireya CASTILLO DAUDÍ y Valentín BOU FRANCH, *Lecciones de derecho internacional público*, p. 471 y M^a Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ y M^a Fuencisla ALCÓN YUSTAS, “Los tratados internacionales”, p. 130.

una regla interpretativa que solo se refiere a los tratados que el artículo señala, no a todos los tratados, ni es un orden de prelación jerárquico por no señalarlo así la Constitución⁶⁸. De no entenderse así, lo señalado en el art. 95 sobre la revisión previa de la Constitución para celebrar tratados contrarios a ella sería inútil y carente de todo sentido.

Respecto de Alemania, la Ley Fundamental en su art. 24 señala que la Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales, es decir, se requiere de ley, precepto que debe ser complementado con el art. 59 en cuanto a que los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una “ley federal”, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal⁶⁹, entendiéndose por “ley federal”, de acuerdo con el art. 78, aquellas leyes que caso a caso la misma Ley Fundamental señala que deben ser aprobadas de manera forzosa por el *Bundesrat*, la Cámara Alta que representa a los gobiernos de los *Länder*, es decir, respecto de este tipo de leyes el *Bundesrat* tiene poder de veto, sin que el *Bundestag* (la Cámara Baja) pueda vencer dicho veto⁷⁰. Por consiguiente, la exigencia de ley federal otorga al tratado, incluso si versa sobre derechos fundamentales, un rango infraconstitucional, por cuanto este es el rango de las leyes federales⁷¹. Por otra parte, de acuerdo con el art. 23, se requiere la aprobación del *Bundesrat* para transferir derechos de soberanía a la Unión Europea, en tanto que, para la modificación de los tratados constitutivos de la Unión y otras normas análogas que reformen o complementen la Ley Fundamental, se requiere, además, por reenvío al art. 79, que regula el procedimiento de reforma constitucional, por razones propias de la Unión que veremos más adelante, del voto conforme de los dos tercios de cada Cámara⁷². En definitiva, toda transferencia de soberanía requiere de acto legislativo, jamás habrá una cesión tácita por

⁶⁸ ÁLVAREZ y ALCÓN, *op. cit.*, p. 129 y s.

⁶⁹ Art. 59.2: Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal.

⁷⁰ Art. 78: Un proyecto adoptado por el Bundestag se convertirá en ley si el Bundesrat lo aprobare o si no hiciere uso de la facultad que le confiere el Artículo 77, apartado (2), o si en el plazo indicado en el Artículo 77, apartado (3), no expresare su oposición o la retirare, o si la oposición fuere rechazada por el Bundestag.

⁷¹ RIBERA, “Los tratados...”, *op. cit.*, p. 94.

⁷² Art. 79.2: Una ley de este carácter requiere la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat.

vía reglamentaria, ni menos podría postularse la posibilidad de reformas tácitas a la Ley Fundamental. Por último, el art. 25 señala que las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal, tienen primacía sobre las leyes y crean de forma inmediata derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal, pero no priman sobre la Constitución por no señalarlo así la Ley Fundamental⁷³. Nótese que se trata solo de las reglas generales, el *ius cogens*, igual que en Francia, no los tratados, y solo con jerarquía supralegal.

En Austria, el art. 9 de la Constitución señala que las normas de derecho internacional, por lo general reconocidas se consideran parte integrante del derecho federal, el *ius cogens*, pero sin asignarle un valor superior a la legislación interna. Sin embargo, en cuanto a los tratados, se entiende que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por Austria en 1958, tiene rango constitucional en virtud de una reforma de 1964, como consecuencia de adolecer la Carta austriaca de un catálogo sistemático de derechos fundamentales⁷⁴, esto sin perjuicio de lo que diremos más adelante al respecto al estudiar el derecho de la Unión Europea.

En el caso de Italia, el art. 10 de la Constitución señala que el ordenamiento jurídico se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas, esto es el *ius cogens*, mientras que el art. 11 señala que Italia concuerda, en condiciones de igualdad, con los demás Estados, en las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones, pero sin señalar más, es decir, se trata de un precepto que simplemente declara un principio de acción, mas no precisa el procedimiento y, aunque es razonable que se pueda pensar que esta limitación de soberanía requiere de acto legislativo, esto no es suficiente para admitir un procedimiento secundario de reforma al más alto nivel. Por el contrario, el art. 72 señala que se adoptará siempre el procedimiento normal de examen y aprobación directa por la Cámara para las propuestas de ley en materia constitucional y electoral y para las de delegación legislativa, de autorización para la ratificación de tratados internacionales, de aprobación de los presupuestos y de los balances del Estado, es decir, todo tratado requiere autorización por ley para ser ratificado. Como último punto, cabe mencionar al art. 117, el cual señala que el Poder Legislativo es ejercido por el Estado y por las regiones dentro de los términos establecidos por la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales. Si bien se dice que este artículo ha permitido

⁷³ RIBERA, "Los tratados...", *op. cit.*, p. 94.

⁷⁴ ELÍAS, *op. cit.*, p. 138.

considerar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte del parámetro constitucional de validez de las normas italianas⁷⁵, en el apartado siguiente veremos que esto realmente ocurre como consecuencia de la aplicación del derecho de la Unión Europea en Italia en su calidad de Estado miembro, y no como efecto del art. 117. Por el contrario, este artículo solo reparte competencias entre el Estado central y las regiones, señalando –entre las materias cuya regulación es competencia exclusiva del Estado– la política exterior y relaciones internacionales del Estado y las relaciones entre el Estado y la Unión Europea, mientras que entre aquellas materias de legislación concurrente entre el Estado y las regiones señala las relaciones internacionales y con las regiones de la Unión Europea, por lo cual este artículo tampoco parece suficiente para asignar una categoría normativa especial a los tratados, ni menos para permitir reformas tácitas a la Constitución.

Otro caso interesante de analizar es el Reino de los Países Bajos, donde el art. 90 de la Constitución declara como principio general que el gobierno promoverá el desarrollo del orden jurídico internacional. Asimismo, agrega el art. 93 que los tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que por su contenido puedan obligar a toda persona, tendrán fuerza obligatoria una vez publicados. También, señala el art. 95 que la ley regulará la publicación de tratados y acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público, agregando, por último, el art. 94 que los preceptos legales en vigor dentro del Reino no serán de aplicación, si la aplicación de los mismos fuere incompatible con estipulaciones de tratados y de acuerdos de organizaciones internacionales de derecho público que obligan a toda persona. De las normas anteriores podemos observar una clara primacía de los tratados sobre las normas nacionales. Sin embargo, el art. 91 apartado 3 señala que, en todo caso, cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos⁷⁶, agregando el art. 92 que, con observancia, en la medida necesaria, de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 91, se podrán conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público, es decir, con el voto conforme de al menos dos tercios de ambas Cámara. Lo anterior lleva a concluir que

⁷⁵ CAMPUSANO, “Estado...”, *op. cit.*, p. 500.

⁷⁶ Art. 91.3: Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos.

los tratados no pueden estar por sobre la Constitución y, en consecuencia, debe descartarse la posibilidad de procedimientos secundarios de reforma, pues con tan altos quórum parece más razonable reformar de manera directa en forma previa la Constitución.

Para finalizar, analicemos el curioso caso de Argentina. Algún autor ha afirmado que, en virtud del art. 31 de la Constitución, los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional⁷⁷. Ello, por que dicho artículo señala que la Constitución, las leyes de la nación –que en su consecuencia se dicten por el Congreso– y los tratados con las potencias extranjeras “son la ley suprema de la Nación”, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a los tratados ratificados después del pacto de 11 de noviembre de 1859, no obstante no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires. ¿Cómo es posible que, por igual, la Constitución, las leyes de la nación y los tratados sean “norma suprema” de la nación? Creemos que la correcta interpretación de la expresión “ley suprema de la nación”, especialmente considerando que el mismo artículo se refiere luego a las autoridades y normas provinciales, así como también que el art. 35 señala que con la expresión ‘nación’ se hace referencia a la República Argentina, es que la Constitución, las leyes de la nación y los tratados son “la normativa de nivel federal”, y por ello son la norma suprema respecto de la legislación de las provincias, por lo que en ningún caso se está equiparando los tratados a la Constitución federal (sería absurdo). Por el contrario, no existe en dicha Constitución una norma que incorpore expresamente las normas generales del derecho internacional público al derecho interno, aunque los tribunales de justicia sí han incorporado estas normas mientras no contravengan la Constitución⁷⁸. En cambio, sí pronuncia respecto del derecho de los tratados el complejo numeral 22 del art. 75⁷⁹, señalando

⁷⁷ Raúl CAMPUSANO DROGUETT, “Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur”, p. 134.

⁷⁸ RIBERA, “Los tratados...”, *op. cit.*, p. 94 y s.

⁷⁹ Art. 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre

primero que los tratados tienen una jerarquía superior a la ley federal, pero infraconstitucional, luego enumera un conjunto de tratados sobre derechos fundamentales a los que atribuye de forma expresa rango constitucional, pero que no derogan sino que complementan lo que en esta materia señala la Constitución, agregando luego que los tratados de este grupo solo pueden ser denunciados por el voto conforme de los dos tercios de cada Cámara, señalando por fin que los demás tratados sobre derechos fundamentales solo pueden adquirir rango constitucional con el voto conforme de los dos tercios de cada Cámara. Para finalizar, el numeral 24 del mismo artículo permite al Congreso la aprobación de tratados que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, teniendo las normas dictadas en su consecuencia jerarquía superior a las leyes (entiéndase a las leyes “federales”).

De todo lo señalado, podemos recoger las siguientes conclusiones:

1. En general, se incorpora al derecho interno el derecho internacional consuetudinario, el *ius cogens*, no los tratados, los que suelen tener un rango supralegal, pero infraconstitucional.
2. La jerarquía de las normas la señala expresamente la Constitución. En consecuencia, cuando un tratado tiene rango constitucional es la Constitución la que así lo dice.
3. Al contrario de lo que se suele postular, el que una norma de un tratado sea autoejecutable no le confiere por ese solo hecho una mayor jerarquía.
4. La aprobación de un tratado tiende a ser materia de ley, o, al menos, siempre requiere de una autorización explícita del Parlamento. La exigencia de ley tiene la ventaja de permitir el control de constitucionalidad del tratado.
5. Los procedimientos secundarios de reforma no existen. Siempre prima la Constitución por sobre el tratado, lo que no obsta a que el Estado deba hacerse responsable de las consecuencias que derivan del incumplimiento de sus compromisos internacionales. Admitir “reformas tácitas” es contrario a la esencia de una Constitución, es una contradicción en los términos, lo cual justifica

los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

la necesidad de reformar la Constitución antes de aprobar un tratado con el cual presente conflicto.

6. Solo existen tres clases de jerarquía posibles para una norma: rango legal, rango supralegal pero infraconstitucional y rango constitucional. El rango “supraconstitucional” no existe.

IV. El especialísimo caso del derecho de la Unión Europea

Ahora vamos a revisar un caso que constituye una anomalía tanto desde el punto de vista del derecho constitucional como del derecho internacional público: la Unión Europea. Veremos que esto ocurre, pues dicha organización no es propiamente un Estado, pero tampoco es una entidad regida por el derecho internacional. La Unión Europea es un espacio de libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, que busca la integración de sus Estados miembros, es decir, la supranacionalidad, con el fin de garantizar la paz y el progreso⁸⁰. Por esta razón, los Estados miembros han accedido, haciendo uso de su libertad a ceder parte de su soberanía respecto de ciertas temáticas específicas, en favor de la Unión, establecidas con claridad y delimitadas en los respectivos tratados, para que esta gestione en forma unificada dichas materias en beneficio del colectivo. Así, el art. 5 del Tratado de la Unión Europea señala que la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución, en cuya virtud ella actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los tratados para lograr los objetivos que estos determinan, y toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los Estados miembros. Por ejemplo, en virtud de estas cesiones de soberanía, corresponde en exclusiva a la Unión Europea la política comercial común y la unión aduanera, las normas sobre competencia y el derecho del consumo, y la política monetaria, cuya máxima expresión es el uso de una moneda común (el euro). Y para tales efectos, estas cesiones de soberanía están reguladas en muchas de las Constituciones de los Estados miembros⁸¹.

Cabe precisar que, si bien los tratados que dieron origen a la Unión Europea, a saber, el derecho originario, se rigieron inicialmente por las reglas del derecho internacional, no ocurre lo mismo con el derecho deri-

⁸⁰ Amparo ROCA ZAMORA, “El sistema institucional de la Unión Europea”, p. 54 y ss.

⁸¹ Ejemplos: art. 23 de la Ley Fundamental alemana, y el art. 88-1 y ss. de la Constitución francesa.

vado, aquel que se va generando a través de la propia institucionalidad de la Unión, como el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión Europea, por ejemplo, los reglamentos, las directivas y las decisiones, constituyendo todas estas normas el derecho interno de la Unión, el cual, por consiguiente, se rige por sus propias normas, y no por las reglas generales del derecho internacional⁸².

Este especial derecho europeo se caracteriza por ciertos principios básicos: la autonomía, la interpretación conforme, la primacía y el efecto directo. En virtud del principio de *autonomía*, en un mismo país coexisten dos ordenamientos jurídicos, el nacional y el de la Unión, donde este último es derecho interno de la Unión, no es derecho internacional. Para esto, se requiere que exista total claridad en los tratados en cuanto al reparto de competencias entre el Estado miembro y la Unión, en virtud del ya referido principio de atribución del art. 5 del Tratado de la Unión Europea. Es la propia Unión quien decide cómo se aplica el derecho comunitario, no el derecho internacional, al tiempo que la misma Unión puede imponer decisiones a los Estados miembros, salvo en unas cuantas materias específicas que requieren unanimidad, como la ciudadanía y la admisión de nuevos miembros. La clave del éxito del derecho de la Unión es que los jueces nacionales son también jueces de la Unión⁸³, quienes tienen a su cargo la aplicación de esta normativa europea y, además, siguiendo el principio de la *interpretación conforme*, en virtud del cual, si el juez ve contradicción en la aplicación efectiva de normas nacionales y europeas, debe aplicar el derecho de la Unión. El principio de *primacía*, creado por la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1964 Costa con ENEL 6/64⁸⁴, impide que una norma nacional posterior reste eficacia al derecho de la Unión, es decir, el derecho europeo no admite excepciones. Así, si bien se ha entendido que los tratados originarios tienen rango constitucional para los Estados miembros, por el principio de primacía tanto dichos tratados como el derecho derivado desplazan a las normas nacionales, incluidas las constitucionales, lo cual no hace excepción a lo dicho en cuanto a que no existen normas de derecho internacional

⁸² ROCA, *op. cit.*, p. 59 y ss.

⁸³ En la conocida sentencia “Simmenthal” de 9 de marzo de 1978 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró: “Todo juez nacional, competente en una materia determinada, tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho de la Unión Europea y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria a la ley nacional anterior o posterior a la regla comunitaria”: ÁLVAREZ y ALCÓN, *op. cit.*, p. 138.

⁸⁴ El principio de *primacía* también está reafirmado por la ya señalada sentencia “Simmenthal” de 9 de marzo de 1978.

de rango supraconstitucional, pues, como venimos señalando, el derecho europeo es un derecho interno de la Unión de naturaleza *sui generis* fundado en la cesión de soberanía que efectúan los Estados miembros en favor de la Unión, y es en virtud de esta cesión que la Unión puede imponer decisiones a los Estados miembros. Como último punto, por el principio del *efecto directo*, creado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1963 Van Gend en Loos 26/62, las normas de la Unión Europea crean derechos y obligaciones de manera directa sin necesidad de otra norma nacional, en la medida que la norma europea tenga, precisamente, dicha intención, lo cual ocurre, por ejemplo, con los reglamentos, que están así concebidos para tener eficacia directa, pero no sucede con las directivas, las cuales deben transponerse por los Estados miembros para que sean aplicables en su ordenamiento interno, y, en todo caso, por seguridad jurídica. Este efecto directo será siempre vertical entre los particulares y los Estados miembros, no entre particulares⁸⁵.

Y como medio de tutela de este ordenamiento jurídico europeo por sobre los derechos nacionales es que el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece la “cuestión prejudicial”, mecanismo procesal que permite a los jueces nacionales consultar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación y correcta interpretación de normas europeas en juicios nacionales, donde, si bien en principio la consulta es potestativa, en caso de que se suscite una duda interpretativa durante la última instancia el juez está obligado a consultar. De hecho, el Tribunal Constitucional austriaco ha considerado como vulnerado el derecho al juez cuando un tribunal ordinario no ha planteado la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, procediendo a anular la respectiva sentencia sin necesidad de recurrir al tribunal europeo, procediendo luego a devolverla al tribunal ordinario de última instancia⁸⁶. Mientras se tramita la consulta, el procedimiento nacional se suspende, y, si bien formalmente la sentencia que resuelve la consulta va dirigida al juez que consultó, la decisión tiene validez para todos los Estados miembros. Solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede anular normas dictadas por la Unión. Este sistema de justicia da mucho poder a los jueces, pues la posibilidad de presentar la cuestión prejudicial puede desplazar a las cortes supremas y a los tribunales constitucionales, con lo cual los jueces forzarían cambios en los ordenamientos jurídicos nacionales, lesionándose así la debida legitimidad democrática.

⁸⁵ Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ y Rafael CASADO RAIGÓN (coords.), *Curso de derecho de la Unión Europea*, p. 164 y ss. y ÁLVAREZ y ALCÓN, *op. cit.*, p. 136 y ss.

⁸⁶ ELÍAS, *op. cit.*, p. 155.

En virtud de lo dicho, podemos notar que el derecho de la Unión Europea tiene un comportamiento del todo distinto al de las normas que emanan del derecho de los tratados regido por el derecho internacional, y esto es así porque, en caso contrario, si el derecho de la Unión no desplazara el derecho de los Estados miembros, este espacio supranacional de libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales que es la Unión Europea no funcionaría. Por esta razón, resulta indispensable que los Estados miembros se desprendan de parte de su soberanía, es decir, para que la Unión funcione no basta “limitar” la soberanía, sino que los Estados miembros deben “ceder”, de plano, soberanía a la Unión en aquellas materias que son de su competencia. Limitar implicaría solo establecer cortapisas al accionar nacional, mientras que la cesión inhibe al Estado miembro a disponer sobre ciertas materias. Esta distinción nos explica por qué, como hemos visto, en la Ley Fundamental alemana el art. 24 permite transferir por ley federal (no ley ordinaria) derechos de soberanía a instituciones interestatales, pero para transferir derechos de soberanía a la Unión Europea o para modificar los tratados constitutivos de la Unión se debe seguir el procedimiento de reforma constitucional. En otras palabras, se requiere del voto conforme de los dos tercios de cada Cámara, es decir, se reconoce que en un caso se limita la soberanía mientras que en el otro se cede parte de ella a la Unión. De no admitirse esta distinción, la diferencia de procedimiento no tendría sentido, con lo cual se refuta la afirmación de autores chilenos que ponen a este art. 24 como ejemplo de una norma constitucional que permite “ceder” soberanía “por simple ley”⁸⁷. Así, por ejemplo, el art. 88 de la Ley Fundamental permite que parte de las atribuciones del Banco Federal, en este caso específico referido a la gestión de la política monetaria, sea cedida al Banco Central Europeo. Por el contrario, esta distinción entre “limitar” y “ceder” no es lo normal cuando se analiza el comportamiento del derecho internacional. En todo caso, en la Unión no se discute que “desplazar” la norma nacional no implica “derogarla”: la norma nacional sigue existiendo.

Nótese, además, que en Austria, para que dicho país ingresara a la Unión Europea en 1995, se estimó que no resultaba aplicable la normativa del art. 9 apartado 2 de la Constitución, el cual señala que para “transferir competencias federales específicas” a otros Estados u organizaciones, por reenvío al art. 50 apartado 1, se requiere del acuerdo del Consejo Nacional (la Cámara Baja), ya que en este caso se entendió que la cesión de competencias que iba a realizarse a la Unión era de tal magnitud por impactar sobre los principios democrático, federal y del Estado de

⁸⁷ Por ejemplo: NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 26.

derecho, que era necesario reformar en tal sentido la Constitución más un referéndum, según el procedimiento señalado por el art. 44.3 para la revisión “total” de la Constitución⁸⁸. En consecuencia, al igual que en Alemania, se entendió que es distinto “transferir competencias específicas”, algo puntual circunscrito al ámbito del tratado, que derechamente “ceder soberanía” con consecuencias significativas en el desempeño general de la institucionalidad y, por tanto, una auténtica “cesión” de soberanía no puede efectuarse solo suscribiendo un tratado, sino que antes debe reformarse en tal sentido la Constitución.

Pero el sistema descrito no es inmune a abusos de parte de los gobiernos de los Estados miembros, quienes muchas veces utilizan a la Unión Europea como chivo expiatorio respecto de la adopción de decisiones impopulares, dadas las características ya mencionadas del derecho europeo, el cual, en la práctica, permite un sistema de toma de decisiones difuso que diluye responsabilidades. Por ejemplo, un gobierno de un Estado miembro que no tiene mayoría en su país, y que, por tanto, no puede implementar por sí mismo su programa, tratará de llevar sus intereses a nivel de la Unión para que sea esta la que imponga una decisión acorde a dichos intereses, diluyéndose así la responsabilidad del gobierno nacional (dirá que “la Unión lo obligó”).

En última instancia, en lo que a derechos fundamentales se refiere, el art. 6 del Tratado de la Unión Europea señala que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aunque esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los tratados, pero que los derechos fundamentales que garantiza este Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales⁸⁹, es decir, el Convenio forma parte del derecho interno de la Unión, con todas las consecuencias que ya hemos señalado al respecto, incluido el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conocido también como el “Tribunal de Estrasburgo”, supremo garante de la aplicación del Convenio, se considere un tribunal nacional de los Estados miembros, igual como lo es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o “Tribunal de Luxemburgo”. Nótese que lo dicho sobre el Tribunal de Estrasburgo vale solo para los Estados miembros de la Unión, en tanto que otros países miembros del Convenio, pero que no son parte de la Unión, por ejemplo, Rusia, se relacionarán con el Tribunal de Estrasburgo según las reglas gene-

⁸⁸ ELIAS, *op. cit.*, p. 145 y s.

⁸⁹ ALCAIDE y CASADO, *op. cit.*, p. 87 y ss.

rales del derecho internacional, sin que dicho tribunal se entienda ser un tribunal “ruso”. Tenemos, entonces, que tanto el Tribunal de Estrasburgo como el Tribunal de Luxemburgo se entienden tribunales nacionales de los Estados miembros de la Unión, aunque cada uno actuando dentro de su competencia: Estrasburgo vela por el cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de actos de los Estados miembros del Convenio, mientras que a Luxemburgo le corresponde la aplicación e interpretación del derecho de la Unión Europea, el cual, como dijimos, desplaza los derechos nacionales, entendiéndose el Convenio parte del derecho de la Unión.

Así, cuando Austria ingresa a la Unión en 1995, no obstante ya haber ratificado el Convenio en 1958 y haberle dado rango constitucional en 1964, ahora, como miembro de la Unión, dicho instrumento internacional va a desplazar el derecho nacional austriaco por considerársele parte del derecho interno de la Unión, que es la fuente superior del derecho de los Estados miembros⁹⁰. Y aquí, entonces, debemos volver a lo que ya adelantamos acerca de la errónea afirmación que suele hacerse en cuanto a que el art. 117 de la Constitución de Italia hace al Convenio parte de la Constitución material de dicho país. Lo que realmente ocurre, es que la aplicación directa del Convenio en Italia, incluido el considerar al Tribunal de Estrasburgo como un tribunal italiano, es consecuencia de que el art. 6 del Tratado de la Unión Europea hace al Convenio parte integrante del derecho interno de la Unión, desplazando en lo pertinente al derecho italiano, lo cual no tiene relación alguna con un supuesto bloque de constitucionalidad que pudiere emanar del art. 117 de la Constitución.

A mayor abundamiento, los denominados Criterios de Copenhague, aquellos criterios definidos por el Consejo Europeo en 1993 que un país debe cumplir para ser admitido como miembro de la Unión Europea, y que básicamente pueden enunciarse como “tener instituciones que garanticen la democracia”, “tener una economía de mercado viable” y “aceptar y respetar el acervo normativo de la Unión Europea” que incluye ratificar el Convenio, implican que todo país que se integre como nuevo miembro de la Unión, por ejemplo, Rusia, en ese mismo instante verá su derecho nacional desplazado en lo pertinente por el derecho de la Unión, y los tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo pasarán a entenderse tribunales nacionales. Y como hemos dicho, todo lo anterior no se rige por el derecho internacional, con lo cual, solo cabe concluir que el derecho de la Unión Europea constituye una situación excepcional que confirma lo señalado en cuanto a que lo normal desde el punto de vista constitucional es lo

⁹⁰ ELÍAS, *op. cit.*, p. 144.

contrario, lo que significa que, por regla general, nada puede haber por sobre una Constitución nacional, y que, por tanto, en términos generales, el rango supraconstitucional no existe.

*V. Necesidad de replantear el problema:
¿Puede una Constitución reformarse tácitamente?*

A partir de todo lo que hasta aquí hemos analizado, consideramos que es erróneo e insuficiente circunscribir el problema de la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno a la sola determinación de cuál sería la “jerarquía” de los tratados en nuestro sistema jurídico, que es lo que se ha solido plantear por la doctrina hasta la fecha. Por otra parte, sabemos que el legislador, y en este caso el constituyente, no siempre utiliza las palabras más adecuadas para expresar lo que quiere, en especial para referirse a temas muy técnicos, así como también por el hecho de que las normas son fruto de negociaciones cuyos efectos alteran la pureza del lenguaje, razón por la cual abordar esta problemática sobre la base de aspectos semánticos, vale decir, a partir del significado de las palabras que suele utilizar la Constitución, diluye la calidad del razonamiento jurídico. Tampoco nos parece adecuado el recurrir a la distinción entre los derechos fundamentales considerados en abstracto y los tratados que se refieren a ellos, pues, en general, los tratados sobre derechos fundamentales no difieren esencialmente del estatuto que al respecto señalan las Constituciones. Además, los tratados en sí suelen ser vagos, abstractos, referentes a los valores o núcleos esenciales y, por ello, dicen en lo sustancial lo mismo, lo cual hace difícil que lleguen en verdad a producirse colisiones de derechos fundamentales o que haya contradicciones entre catálogos de derechos, sino que más bien las contradicciones aparecen con las normas de desarrollo de los tratados y con la forma en que los tribunales aplican los tratados, es decir, se trata, más bien, de choques entre tribunales, por ejemplo, nacionales con extranjeros⁹¹. Y por esto hay autores que advierten sobre el riesgo de que jueces extranjeros, con menos legitimidad democrática, influyan en la vida y valores nacionales⁹². Por estas consideraciones es que dudamos que lo realmente esencial del asunto sea la determinación de la jerarquía de los

⁹¹ Considérese que si una norma A colisionare con una norma B, el atribuirle mayor jerarquía a una de ellas no evita que dos tribunales interpreten las normas de manera distinta, con lo cual el criterio jerárquico no evita toda colisión posible.

⁹² VERDUGO, “Entre la...”, *op. cit.*, p. 90 y ss.

tratados, y es por esta razón que hemos asumido el desafío de abordar el problema desde otras perspectivas.

Si bien resulta evidente que ley y tratado tienen naturaleza distinta, esto no implica diferente jerarquía si así no lo señala de manera expresa la Constitución. Por ejemplo, en Chile no se discute que los decretos con fuerza de ley, la ley ordinaria, las leyes orgánicas y los decretos leyes tienen entre sí diferente naturaleza y forma de creación, sin embargo, tienen la misma jerarquía por no hacer distinción en este aspecto el texto constitucional. Igual ocurre, por ejemplo, en Francia con las ordenanzas (art. 38) y en España con los decretos legislativos y decretos leyes (arts. 85 y 86), todos con naturaleza distinta a la ley ordinaria, pero con su misma jerarquía. Por consiguiente, la diferente naturaleza entre la ley y el tratado no es argumento suficiente para atribuirle al segundo mayor jerarquía que a la primera.

Por el contrario, creemos que el fondo de la problemática y, por ende, la manera más correcta y jurídica de abordarla, es considerar qué es lo que le ocurre o puede llegar a ocurrirle a la Constitución en los diversos escenarios posibles. Así, en vista de todo lo precedentemente analizado, la “*livianidad*” con que ciertos autores postulan y defienden sin más la modificación tácita de la Constitución cuando se suscribe un tratado que le pueda ser contradictorio. Ya hemos advertido que en el derecho comparado no existen ni vías secundarias de reforma constitucional, ni el supuesto rango supraconstitucional. Creemos, por tanto, que la verdadera interrogante que al ser despejada tiene la virtud de solucionar este dilema, no es la “*jerarquía*” de los tratados, sino que es determinar si es concebible o no la posibilidad de que una Constitución “*sea modificada tácitamente*”.

Cabe mencionar dos casos especialísimos de derogación tácita que podríamos aceptar en la Constitución española, cada uno consecuencia de situaciones puntuales que son propias del contexto español. El primer caso lo constituyen dos artículos un tanto contradictorios: el 38, que reconoce la libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado y el 131, que permite al Estado, mediante ley, planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución, debiendo entenderse dicha contradicción zanjada en favor de la libertad de empresa, por ser la planificación contraria a las reglas económicas de la Unión Europea, pues, como ya señalamos, el derecho de la Unión desplaza el derecho de los Estados miembros, y en este caso los Criterios de Copenhague exigen que los Estados miembros tengan una economía de mercado viable. El otro caso es el capítulo tercero del título VIII referente a las Comunidades Autónomas, el cual contiene muchas disposiciones transitorias concebidas

para reglar la creación de las Comunidades, y que, por haberse concluido dicho proceso de creación, hoy resulta perfectamente razonable considerar que esta normativa ya no tiene aplicación práctica.

Estos casos especiales no hacen más que confirmar que no existen procedimientos secundarios de reforma constitucional. Admitir vías secundarias de reforma es un contrasentido con el carácter de norma suprema que reviste una Constitución. Es, en definitiva, una irresponsabilidad. ¿Qué se gana objetivamente con las reformas tácitas? ¿Para qué reformar de esta manera? Creemos que solo se logra desorden e inseguridad jurídica. Además, igual vía referéndum el pueblo, el supremo soberano, podría negar validez a un tratado, con lo que la jerarquía constitucional, o, incluso, supraconstitucional para algunos, no es inmune a la fuerza de los hechos⁹³, lo cual refuta la afirmación de que sea necesario una mayor jerarquía de los tratados implique forzosamente mayor seguridad, evitando así que el país incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado. De hecho, ya vimos que tanto en el bloque francés como en el español no toda la normativa de referencia tiene rango constitucional. Postular lo contrario solo parece ser una especie de sesgo cognitivo. Por el contrario, es responsabilidad del Presidente de la República no suscribir tratados que sean contrarios a la Constitución, norma que él jura respetar y hacer respetar, y por esto se justifica revisar la Constitución antes de firmar un tratado que le sea contradictorio, así como también demuestra la importancia del control preventivo de la constitucionalidad de los tratados.

Afirmamos que la reforma tácita solo da pie a una falta de control del Parlamento sobre el Ejecutivo, así como también constituye un incentivo para que el Ejecutivo “se salte” al Parlamento, lo cual es igual de perjudicial para el desempeño institucional que si a la inversa el Parlamento se saltare al Ejecutivo. He aquí la importancia de los quórum reforzados, que impiden que mayorías circunstanciales en las Cámaras, que no siempre coinciden en todo momento con el sentir ciudadano⁹⁴, adopten decisiones que a la larga resulten perjudiciales para el país. Recordemos que la voluntad general es una ficción que se construye, en tanto que con los sistemas electorales la ciudadanía designa representantes que tendrán la misión de construir la equivalencia a “una” voluntad general, y no “la” voluntad general⁹⁵. Y si en un momento dado no se alcanza el quórum

⁹³ Considérese, por ejemplo, el caso del referéndum del Brexit celebrado el 23 de junio de 2016, en el cual el pueblo británico decidió la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

⁹⁴ Alejandro LAGOS TORRES, “Una o dos Cámaras: ¿Sirve realmente el Senado? Perspectivas comparadas para el futuro constitucional chileno”, p. 73 y ss.

⁹⁵ LAGOS, *op. cit.*, p. 72.

necesario, no hay reforma ni se firma el tratado, no es aún “el momento”, así es la democracia.

No comprendemos por qué algunos estiman más reprochable incumplir un tratado firmado que suscribir a la fuerza un tratado contrario a la Constitución, si en ambas situaciones se está incumpliendo una norma a sabiendas, con todo lo que ello implica. Creemos que el sano juicio llama a la prudencia para evitar problemas, lo que implica revisar primero la Constitución, el texto que permite firmar el tratado, antes de firmar el tratado mismo (armonizar primero): sin control preventivo y eventual reforma constitucional, no hay tratado. En definitiva, no hay que caer en la tentación de hacer “la del flojo”, por la razón que sea, buena o mala, y luego terminar trabajando el doble para enmendar lo mal hecho, al tiempo que se compromete la responsabilidad internacional del país.

Podría admitirse que solo los tratados internacionales existentes antes de la reforma de 1989 fueron en virtud de ella incorporados automáticamente para así superar el problema de que los tribunales no aplicaban aquellos tratados que no habían sido publicados. Pero en ningún caso esto es aceptable para los tratados posteriores, pues dicha automaticidad equivaldría a la nefasta reforma tácita. Y también es erróneo afirmar que la reforma de 1989 haya otorgado mayor jerarquía a los tratados, sino que es solo la incorporación al derecho nacional de los tratados a esa fecha existentes la que podría aceptarse, por cuanto, como ya señalamos, en su momento el mismo exministro Francisco Cumplido reconoció que, producto del contexto de la reforma, la Constitución al final no quedó diciendo lo que se pretendía y que cierta doctrina quisiera que dijese.

En consecuencia, sobre la base de todo lo que hemos señalado hasta este momento, tanto desde el punto de vista comparado como del análisis de nuestro propio texto constitucional, estimamos que debe descartarse la posibilidad de que la actual Constitución pueda reformarse tácitamente, en tanto que la reforma de 1989 nada innovó al respecto. Postular lo contrario no es más que una interpretación voluntariosa que no se sostiene en el ámbito jurídica.

VI. De lege ferenda, *¿cuál debiera ser el lugar de los tratados en Chile?*

Sabemos que en el derecho público solo se puede hacer lo que la norma de modo expreso permite, es decir, siempre será necesaria una regulación expresa para que los poderes públicos se entiendan jurídicamente

habilitados para realizar una determinada conducta o para entender que en el tráfico jurídico ha de producirse algún efecto. Por esta razón, no es posible en el derecho público elucubrar sentidos y alcances de una norma constitucional más allá de lo que en el ámbito nacional pueda desprenderse de la aplicación de las reglas de interpretación de la ley, en línea con el señalado principio de la necesidad de que una norma expresa permita un determinado resultado con verdadero valor jurídico. En ausencia de estas condiciones, nos encontraremos a la fuerza ante interpretaciones falsas, antojadizas y, en definitiva, contrarias a derecho. Por otra parte, la superioridad material de la Constitución resulta del hecho de que es ella quien organiza las competencias y, como creadora de competencias, es necesariamente superior a las autoridades por ella investidas, por lo que, siendo la Constitución de donde arranca el poder de los legisladores, no sería posible obrar contra ella sin despojarla al mismo tiempo de su título jurídico⁹⁶. Si han de existir varios tipos de leyes, o diversas jerarquías de normas, o varios procedimientos de reforma de la Constitución, esto solo será admisible sí y solo sí la misma Carta Fundamental así lo señala, lo cual, en cuanto al tema que nos ocupa, hasta este momento no ha ocurrido. Por este motivo, no son admisibles en Chile las reformas tácitas.

Por otra parte, no es normal que una Constitución contemple el logro automático de la jerarquía constitucional mediante un simple proceso semántico como el que se pretende hacer con la oración agregada al inciso 2° del art. 5 de nuestra Carta⁹⁷. Por el contrario, el sentido más lógico de dicho inciso tras la reforma de 1989 es el restaurar el deber de promoción de los derechos fundamentales, atribuyendo este deber a los órganos del Estado a través de los cuales se ejerce la soberanía, y especificando que tales derechos no son solo los garantizados por la Constitución, sino que, también, los contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en consecuencia, el efecto práctico de dicha reforma solo sería el que la oración agregada al inciso 2° constituiría un vigoroso refuerzo a lo que ya se señalaba en el texto original⁹⁸, pero nada más. Y, aunque haya quienes consideren “bizantina” la distinción entre los derechos fundamentales y los tratados que a ellos se refieren⁹⁹, ya nos hemos referido a que, en realidad, por emanar los derechos fundamentales de la naturaleza humana, es difícil que en su esencia o núcleo

⁹⁶ SAENGER, *op. cit.*, p. 653.

⁹⁷ RÍOS, *op. cit.*, p. 110.

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 104 y s.

⁹⁹ FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, citando al respecto a José Luis Cea Egaña.

lleguen a colisionar, y con mayor razón si consideramos que los tratados tienden a ser generales y vagos en cuanto a su lenguaje, señalando entre sí más o menos lo mismo, sino que, más bien, las colisiones se refieren a problemas que se suscitan por su aplicación entre tribunales. La fuerza de los derechos fundamentales emana de la naturaleza humana, no de la jerarquía de la norma, por lo que la sola diferencia jerárquica entre normas no evita la ocurrencia de problemas, es un sesgo cognitivo.

La Constitución chilena no se refiere, como en otras latitudes, al derecho internacional en carácter general, sino que los actuales arts. 5 y 54 n.º 1 solo se refieren explícitamente al derecho internacional “convencional”, es decir, a los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, nada más, y no al derecho internacional “consuetudinario”, el *ius cogens*, como hemos podido observar en otras Constituciones, por cuanto no existe en nuestro texto una norma que de forma expresa lo incorpore al ordenamiento jurídico chileno. Así quedó establecido durante la tramitación de la reforma constitucional de 2005 respecto del actual art. 54 n.º 1¹⁰⁰. Si bien el desconocimiento de las normas generales del derecho internacional consuetudinario por parte de Chile es hoy una hipótesis del todo inconcebible, esto no obsta a que, al no existir una norma constitucional que lo incorpore expresamente, con mayor razón resulta un exceso pretender que, sin referencia positiva alguna, el derecho internacional consuetudinario esté por encima de la Constitución. Por otra parte, la sola mención al derecho internacional convencional tampoco es suficiente para modificar la jerarquía normativa de los tratados, pues, en efecto, el art. 54 n.º 1 solo alude a normas especiales de procedimiento aplicables a los tratados, sin mención alguna a una eventual mayor jerarquía. Y a esto debemos agregar que el propio Tribunal Constitucional ha resuelto que la inaplicabilidad de un tratado no equivale a “suspender” el tratado, lo cual, según el art. 54 n.º 1, solo podrá ocurrir bajo las reglas del mismo tratado o del derecho internacional convencional ratificado por Chile y que se encuentre vigente¹⁰¹.

Y considerando ahora solo aspectos más procesales, nos parece un error abordar el problema que estamos analizando en cuanto a considerar que “los derechos fundamentales asegurados en los tratados se incorporen al ordenamiento jurídico interno” para formar parte de la Constitución material¹⁰², si ya hemos establecido que no hay discusión respecto a que

¹⁰⁰ Teodoro RIBERA NEUMANN, “La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno”, p. 520 y s.

¹⁰¹ VERDUGO, “Entre la...”, *op. cit.*, p. 73 señala la sentencia 1288-2008 del Tribunal Constitucional, la cual resuelve que la inaplicabilidad no es suspensión, pero la inconstitucionalidad sí constituye una derogación.

¹⁰² NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 24.

los derechos fundamentales emanan de la naturaleza humana y que la Constitución reconoce todos los derechos que revisten esta característica, y no solo el catálogo conformado por los que ella y los tratados señalan. ¿Cómo se van a “incorporar” si emanan de la naturaleza humana? Es un contrasentido. Lo que en realidad se incorpora es “el tratado” y no el derecho fundamental que contiene, con el fin de que con dicha incorporación se puedan materializar en el orden interno las medidas concretas que pretende implementar. En consecuencia, no es baladí la forma en la cual se efectúa dicha incorporación en el derecho interno, y a esto se refiere en específico el art. 54 n.º 1, cuyo inciso 1º, al señalar que la aprobación de un tratado se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley, solo establece que deben tenerse en consideración las demás normas constitucionales relativas a los tratados¹⁰³, con lo cual, como es obvio, no se puede concluir que la Constitución asimile el tratado a una ley, pero tampoco es suficiente para considerar que el tratado tenga mayor jerarquía que la ley. Nuevamente, el texto no dice lo que se quiere que diga, pues solo se trata de una norma procedimental que no atiende al verdadero concepto material de la ley y del tratado¹⁰⁴. Y como el precepto hace referencia a la normativa de implementación del tratado, resulta conveniente precisar que, si las normas de derecho internacional requieren de un acto de transformación para regir en el plano interno, en consecuencia, adquieren solo el valor normativo de la norma que las incorpora, y no otro¹⁰⁵, resultando ilógico que esta normativa de implementación deba aprobarse en bloque y sin atender a la naturaleza o tipo de materia que se está incorporando.

Finalmente, también sería un error el distinguir en los tratados las cláusulas que son autoejecutables de las que no lo son para determinar su jerarquía, pues si lo que define la posibilidad práctica de aplicar las disposiciones de un tratado no es el tratado mismo, sino que la configuración de las potestades creadoras de las fuentes del derecho, pudiendo dicha configuración contemplar facultades de actuación jurisdiccional en el caso de omisión de producción regulatoria por parte de los primeramente llamados a ella, la cuestión sobre el carácter ejecutable o no de las disposiciones del tratado se desplaza, desde una apreciación aislada de su texto, a un análisis más integrado, tanto de las disposiciones del tratado como de la disposición que hace el ordenamiento jurídico interno de las potestades de los órganos jurisdiccionales, con lo que la distinción entre cláusulas autoejecutables y no autoejecutables en el texto del tratado

¹⁰³ RIBERA, “La incorporación...”, *op. cit.*, p. 514.

¹⁰⁴ VERDUGO, “Entre la...”, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰⁵ RIBERA, “Los tratados...”, *op. cit.*, p. 102 y s.

mismo no es idónea para justificar un detrimento de la fuerza normativa del tratado, con mayor razón si el juez, en cuanto poder del Estado, no puede incurrir en actos que puedan frustrar el objeto y fin del tratado¹⁰⁶.

De lege ferenda, creemos que es conveniente que la Constitución resuelva en forma expresa la ya dilatada problemática que analizamos en cuanto al lugar que corresponde a los tratados en el ordenamiento jurídico nacional, pero, a la luz de todo lo que ya estudiamos en este trabajo, debiera abordarse el asunto no solo desde la perspectiva de la jerarquía del tratado en abstracto, sino que, tanto o más importante, debe realizarse considerando, además, las consecuencias que una u otra posición doctrinal producen sobre la Constitución misma.

En definitiva, consideramos que nuestro texto constitucional debiera señalar al menos lo siguiente:

1. Hacer referencia expresa a la situación del derecho internacional consuetudinario;
2. Precisar la jerarquía del derecho internacional convencional, sea esta legal o supralegal, pero siempre infraconstitucional, cualquiera sea la materia sobre la que verse el tratado y
3. Establecer el control preventivo obligatorio de los tratados y la reforma constitucional previa a la suscripción de un tratado que colisione con la Constitución, cerrando incuestionablemente la puerta a vías secundarias de reforma constitucional, y asegurando que toda nueva obligación internacional adoptada por Chile sea fruto de mayorías que a través de la democracia se han manifestado y dentro del marco de la institucionalidad.

Conclusiones

La Constitución, por definición, es la norma suprema de la república. En aquellos países en que existe un bloque de constitucionalidad este es uno solo, no hay bloques sectoriales, es taxativo y cerrado, no todos sus componentes tienen por necesidad la misma jerarquía, está concebido para desempeñar una función específica, y siempre tiene su origen en el texto mismo de la Constitución.

El rango supraconstitucional no existe, como tampoco existen formas secundarias de reformar una Constitución, con lo cual no proceden las

¹⁰⁶ ALDUNATE, *op. cit.*, p. 202.

reformas tácitas. ¿Para qué podría racionalmente justificarse una reforma tácita? Nos parece innecesario y además es muy inseguro en lo jurídico..

Por excepción, el derecho de la Unión Europea, es un derecho interno de la misma y no derecho internacional, desplaza el derecho nacional de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza de la Unión y de los fines que ella persigue, primacía que no es extrapolable al derecho internacional convencional.

Se observa como tendencia en Occidente que toda transferencia de competencias regida por el derecho internacional se efectúa explícitamente por acto legislativo, y en caso de colisión del tratado con la Constitución, esta transferencia se efectúa mediante procedimientos agravados que no confieren a la norma resultante una mayor jerarquía. Por su parte, la “interpretación conforme al tratado” es, para ser precisos, una regla de interpretación, no de jerarquía.

Cualquiera sea el rango específico que se le asigne a los tratados, debe señalarlo de manera explícita la Constitución, no pudiendo deducirse o inferirse. En Chile, hasta el momento en que escribimos estas líneas, esta declaración constitucional explícita no existe, por lo que solo cabe concluir que los tratados tienen en nuestro país un rango infraconstitucional.

Para terminar, creemos que, respecto de los tratados, debiera establecerse el control preventivo obligatorio de constitucionalidad, así como también la obligación de reformar la Constitución antes de suscribir un tratado al que el control preventivo declare en colisión con la Carta Fundamental. Hacer las cosas bien y a tiempo evita incurrir en responsabilidades futuras.

Bibliografía

- AJA, Eliseo, *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín y Rafael CASADO RAIGÓN (coords.), *Curso de derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018.
- ALCÓN YUSTAS, Mª Fuencisla y Federico de MONTALVO JAASKELAINEN, “La Constitución”, en Mª Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”, en *Ius et Praxis*, año 16, n.º 2, Talca, 2010.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Alfonso GARCÍA-MONCÓ y Rosario TUR AUSINA, *Derecho autonómico*, Madrid, Editorial Tecnos, 2013.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, Mª Isabel, “Las leyes de producción parlamentaria”, en Mª Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, 6ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a Isabel y M^a Fuencisla ALCÓN YUSTAS, “Los tratados internacionales”, en M^a Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ (coord.), *Lecciones de derecho constitucional*, 6^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 2-3, tomo I, Santiago, 1996.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, “Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 24, Santiago, 2011.
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl, “Estado de derecho y bloque de constitucionalidad ambiental. Primera parte”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 44, Santiago, 2021.
- CEA EGAÑA, José Luis, “Mérito constitucional del tratado que establece la Corte Penal Internacional”, en *Ius et Praxis*, año 5, n.º 2, Talca, 1999.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, “La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el derecho nacional”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIII, n.º 1, Valdivia, 2010.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “Alcances de la modificación del artículo 5º de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 2 y 3, tomo I, Santiago, 1996.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución: sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, Talca, 2003.
- ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, “El modelo constitucional austriaco desde la perspectiva de su integración con el derecho de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 14, Granada, 2010.
- FOILLARD, Philippe, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22^a ed., Bruxelles, Éditions Larcier, 2016.
- GOESEL-LE BIHAN, Valérie, *Contentieux Constitutionnel*, Paris, Ellipses Édition Marketing S.A., 2016.
- JORDÁN, Tomás, “El TC y la jerarquía infra-constitucional de los tratados de derechos humanos: un caso de creación de equivalencia jerárquica”, 2013. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-tc-y-la-jerarquia-infraconstitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-un-caso-de-creacion-de-equivalencia-jerarquica/ [fecha de consulta: 21 de julio de 2021].
- JUSTE RUIZ, José, Mireya CASTILLO DAUDÍ y Valentín BOU FRANCH, *Lecciones de derecho internacional público*, 3^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- LAGOS TORRES, Alejandro, “Una o dos Cámaras: ¿Sirve realmente el Senado? Perspectivas comparadas para el futuro constitucional chileno”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 18, Santiago, 2021.
- LLANOS MANCILLA, Hugo y Edgardo RIVEROS MARÍN, “Jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en Chile”, 2021. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/jerarquia-constitucional-de-los-tratados-de-derechos-humanos-en-chile/ [fecha de consulta: 21 de julio de 2021].

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius et Praxis*, año 2, n.º 2, Talca, 1997.
- PEÑA TORRES, Marisol y Patricio ZAPATA LARRAÍN, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, n.º 1, Talca, 2003.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 69, tomo I, Santiago, 2007.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, n.º 1, Talca, 2007.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Ius et Praxis*, año 2, n.º 2, Talca, 1997.
- ROCA ZAMORA, Amparo, “El sistema institucional de la Unión Europea”, en Josep María JORDÁN GLADUF y Cecilio TAMARIT ESCALONA (coords.), *Economía de la Unión Europea*, 7ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2013.
- ROUDIER, Karine, *Droit constitutionnel*, Mesnil-sur-l’Estrée, Bréal, 2017.
- SAENGER GIANONI, Fernando, “Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2-3, Santiago, 1993.
- SALES, Éric, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Ellipses Édition Marketing S.A., 2015.
- VERDUGO, Sergio, “Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 22, Santiago, 2010.
- VERDUGO, Sergio, “Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 20, tomo II, Santiago, 2009.

NORMAS

- CENC, 1973-1978.
- Constitución de Alemania, 1949.
- Constitución de Argentina, 1994.
- Constitución de Austria, 1920.
- Constitución de Chile, 1980.
- Constitución de España, 1978.
- Constitución de Francia, 1958.
- Constitución de Italia, 1947.
- Constitución de Países Bajos, 1815.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>

Tratado de la Unión Europea, última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007. Disponible en www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-lisbon#:~:text=El%20Tratado%20de%20Lisboa%20se,Derechos%20Fundamentales%20en%20el%20Parlamento

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
CENC	Comisión de Estudios para la Nueva Constitución Política de la República de Chile
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
ed.	edición <i>a veces</i> édition
https	HyperText Transfer Protocol Secure
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
s.	siguiente
S.A.	Société anonyme
ss.	siguientes
vol.	volumen
www.	World Wide Web