

De la discusión sobre jerarquía de los tratados internacionales a la idea de pluralismo constitucional

From the discussion on hierarchy of international treaties to the idea of constitutional pluralism

JUAN PABLO BECA¹
Universidad Católica de Temuco

RECEPCIÓN: 30/11/14 • ACEPTACIÓN: 30/11/14

RESUMEN El presente trabajo revisa la discusión sobre la jerarquía de los tratados internacionales y la actitud que frente a la misma ha tenido el Tribunal Constitucional, destacando que más allá de su postura formal sobre el tema, utiliza tratados internacionales en sus sentencias. En un ambiente de interdependencia el recurso de fuentes no nacionales de derecho se hace cada vez más usual, lo que puede entenderse a la luz del concepto de pluralismo constitucional, como una forma de superar la discusión sobre la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

PALABRAS CLAVE Jerarquía, Interdependencia, Identidad constitucional, Pluralismo constitucional, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT This paper reviews the debate on the hierarchy of international treaties and the Constitutional Court's position on the issue, noting that

1. Académico de planta Universidad Católica de Temuco, Magíster en Derecho. Email: jbeca@uct.cl.

regardless of its official position it is actually using international treaties in its judgments. In the environment of interdependence of the domestic and international sources of law the application of the international treaties is becoming more common. This may be understood in light of the concept of constitutional pluralism as a way of overcoming the discussion of the imposing hierarchy of international treaties over the human rights.

KEYWORDS Hierarchy, Interdependence, Constitutional Identity, Constitutional Pluralism, Constitutional Court.

Jerarquía de los Tratados e Interdependencia

Desde hace casi un cuarto de siglo venimos discutiendo en Chile sobre la jerarquía de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, haciéndose sin duda indispensable una definición institucional al respecto. Mientras ello no ocurra, el problema debe resolverse por la vía interpretativa². Es la carta fundamental la llamada a definir la jerarquía de los tratados internacionales, incluyendo por cierto aquellos referidos a Derechos Humanos, pero «la Constitución Política de la República de Chile no ha establecido expresamente esta cuestión»³.

La discusión no deja de ser relevante, y cada vez más, toda vez que los tribunales recurren con frecuencia a normativa internacional para resolver los casos que enfrentan. El hecho de que el derecho internacional de los Derechos Humanos no haya alcanzado un nivel de evolución como el del derecho de la comunidad europea, «no implica que el juez nacional carezca de argumentos para dar aplicación preferente a la normativa internacional»⁴. Existiendo entonces estos argumentos, habrá que ver si es el recurso a la normativa internacional implica que esta se preferirá siempre a la ley interna o solo en algunos y determinados casos.

Nogueira destaca que en América Latina, por regla general, se refuerza «la fuerza normativa de los derechos asegurados por tratados internacionales de

2. HENRÍQUEZ (2008) p. 113.

3. NÚÑEZ (2009) p. 510.

4. NÚÑEZ (2008) p. 356.

Derechos Humanos»,⁵ pero cabe aclarar que ello no ocurre por vía interpretativa, sino que lo ha señalado expresamente el constituyente.

La reforma introducida en 1989 al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución abrió una discusión que, si bien ha avanzado y evolucionado, está lejos de ser zanjada. «Tras la reforma constitucional introducida por la ley N° 20.050 (D.O. de 26 de agosto de 2005), el eje de la discusión parece haberse desplazado hacia la posibilidad de controlar –por vía inaplicabilidad– los tratados internacionales o la de utilizar las normas internacionales como parámetro de control de constitucionalidad»⁶.

La postura del Tribunal Constitucional no ha contribuido a terminar con la discusión sobre la jerarquía de los tratados internacionales y otorgar certeza a los operadores del sistema jurídico, al contrario, sus resoluciones, en contra de lo que puede aparecer a primera vista, resultan contradictorias. En la STC 346, de 8 de abril de 2002, ante un requerimiento presentado por treinta y cinco diputados, el Tribunal Constitucional estableció su doctrina al respecto, revisando ampliamente lo que era hasta ese momento la discusión doctrinaria, dedicando a ello los considerandos 59° a 75° de la mencionada sentencia. Para tomar su decisión el Tribunal Constitucional sigue de cerca los planteamientos del profesor Lautaro Ríos en el sentido de que los tratados internacionales sobre Derechos Humanos no tienen rango constitucional⁷. Concluye expresamente el Tribunal Constitucional que «no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana emiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía»⁸. De allí en adelante se ha afirmado que el aludido Tribunal «se resiste sistemáticamente a reconocer jerarquía constitucional a dichos tratados, a partir de la preeminencia del principio de supremacía de la *Constitución*»⁹.

La postura del Tribunal Constitucional está lejos de ser pacífica. Poco después de conocido el fallo Nogueira sostenía: «El fallo de mayoría parece sos-

5. NOGUEIRA (2012 a) p. 152.

6. NÚÑEZ (2009) p. 490.

7. RÍOS (1997) pp. 101-112.

8. Requerimiento formulado por diversos Diputados con el objeto de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1989, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República (2002).

9. NÚÑEZ (2009) p. 491.

tener que las normas de Derechos Humanos contenidos en tratados internacionales estarían comprendidos, desde el punto formal, en el nivel intermedio entre los preceptos legales y la Constitución, con lo que se desnaturaliza el artículo 5° inciso 2° y la reforma constitucional de 1989, cuyo objeto y fin fue incorporar con rango constitucional los derechos asegurados por los tratados internacionales, produciéndose una verdadera mutación constitucional por vía interpretativa».¹⁰ Las diferencias se pueden apreciar incluso entre los integrantes del Tribunal Constitucional. «Los votos de mayoría y minoría reflejan la evidencia de dos enfoques y concepciones de interpretación constitucional y de concepto de Constitución opuestas»¹¹.

La discrepancia no se da solo en el ámbito doctrinario: «la lectura de la reciente jurisprudencia judicial, especialmente de la constitucional, e incluso de cierta jurisprudencia no jurisdiccional, permite advertir como una tendencia consolidada la notoria apertura de nuestros operadores jurisdiccionales y administrativos hacia dichas fuentes no nacionales de argumentación»¹². Henríquez distingue diversas etapas en la evolución de esta jurisprudencia¹³.

La primera de ellas la ubica cronológicamente entre los años 1980-1989, en la que se aplican categorías propias del derecho interno, considerando que «los tratados tenían el mismo valor y jerarquía que la ley»¹⁴.

La segunda etapa va desde el año 1989 hasta el año 1994; en esta etapa, tanto en materias vinculadas a la ley de cheques como a deudas previsionales, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo la preeminencia de un tratado internacional –la Convención Americana de Derechos Humanos– por sobre la legislación chilena, pero este criterio no fue mantenido por la Corte Suprema, considerando, en el primer aspecto, que el tratado era compatible con la legislación interna y en el segundo tema considerando que el empleador que no entera las cotizaciones previsionales incurre en un ilícito penal y por ello no se aplica la regla de la Convención que se refiere a deudas civiles. Como se puede observar, en ningún caso la Corte Suprema se pronuncia sobre la jerarquía de los tratados. En casos vinculados a la aplicación de la ley de amnistía, la Corte de Apelaciones de Santiago los resuelve «aplicando preferentemente los trata-

10. NOGUEIRA (2003)

11. NOGUEIRA (2003)

12. NÚÑEZ (2008) p. 333.; NÚÑEZ (2009) p. 491.

13. HENRÍQUEZ (2008) pp.77-113.

14. HENRÍQUEZ (2008) p. 81.

dos por sobre la ley interna, con base en el rango supralegal de los mismos»¹⁵, pero nuevamente el criterio no es sostenido por la Corte Suprema, y nuevamente evitando resolver el tema de la jerarquía, aduciendo que no se daban algunos supuestos fácticos para la aplicación de convenios internacionales.

La tercera etapa comprende desde los años 1994 a 2005, etapa en la que se discute sobre la jerarquía de los tratados a raíz de casos sobre deudas previsionales y sobre ley de amnistía. En el primer caso la jurisprudencia fue vacilante en cuanto a considerar si el arresto constituye o no prisión por deuda, pero «cuando la Corte Suprema identificó la incompatibilidad entre el Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 12 de la ley 17.322, le atribuyó mayor jerarquía al tratado que a la ley»¹⁶. Es interesante notar que, en forma consistente con esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional, en casos de deuda de cotizaciones previsionales descontadas a los trabajadores, señaló que «no se está en presencia de una *prisión por deudas*, sino que ante una apropiación indebida del empleador de dineros que son propiedad de los trabajadores»¹⁷, como una forma de sostener la constitucionalidad de medidas privativas de libertad en estos casos. En relación a la ley de amnistía, a partir de 1996 «la Corte Suprema reconoce igual jerarquía a los tratados que a las leyes, resolviendo el conflicto entre los tratados y la ley de amnistía por el criterio de la temporalidad. Sin embargo, a partir de 1998 reconoce que los tratados de Derechos Humanos son jerárquicamente superiores a las leyes comunes, pero jerárquicamente inferiores a las leyes de orden público»¹⁸, considerando que la ley de amnistía tiene este carácter. Se observa que en esta etapa la Corte Suprema sí aborda el tema de la jerarquía, pero introduce una distinción entre leyes ordinarias y de orden público, ubicando a los tratados internacionales de Derechos Humanos justamente entre ambas. Este criterio es luego abandonado, aplicando los tratados por sobre las leyes, y por ende dejando de aplicar la mencionada ley de amnistía. «Claramente la decisión de los tribunales en este sentido señala el reconocimiento de una mayor jerarquía de los tratados sobre la legislación interna»¹⁹.

En la cuarta etapa, que comienza a partir del año 2004, se consolida el

15. HENRÍQUEZ (2008) p. 92.

16. HENRÍQUEZ (2008) p. 95.

17. NOGUEIRA (2012 b) p. 117.

18. HENRÍQUEZ (2008) p. 96.

19. HENRÍQUEZ (2008) p. 100.

criterio recién enunciado, e incluso, al menos en un caso, «con respecto a los tratados internacionales la sentencia [de la Corte de Apelaciones de Santiago] les reconoce fuerza constitucional material»²⁰. Además en esta etapa se aprecia que junto a los tratados, la misma jurisprudencia reconoce a las normas de *ius cogens* «preeminencia sobre las disposiciones internas»²¹. La propia Corte de Apelaciones de Santiago menciona el «control de convencionalidad que impone la Corte Interamericana a los tribunales de justicia chilenos en el caso *Almonacid Arellano*»²². En esta etapa, concluye Henríquez²³, se observa como los tribunales superiores prefieren la aplicación de tratados internacionales de Derechos Humanos por sobre la ley interna, en algunos casos mencionando su rango constitucional y en otros haciendo referencia a su mayor jerarquía respecto de la legislación interna.

Esta tendencia también puede observarse en algunos fallos del Tribunal Constitucional, cuestión que reconoce Núñez al señalar que «después de la reforma de la ley N° 20.050 el criterio hermético de nuestro Tribunal Constitucional parece mantenerse aunque comienzan a advertirse gérmenes de cambio, particularmente en el ámbito de la nueva inaplicabilidad»²⁴.

En las STC rol 740-07 y rol 1484-09 Nogueira advierte que el Tribunal Constitucional «posibilita a los jueces ordinarios aplicar el ‘control de convencionalidad’ que exige la Corte Interamericana a los jueces nacionales»²⁵, pero luego advierte que ello no es sinónimo de control de constitucionalidad, cuestión que queda reservada al Tribunal Constitucional y no corresponde por ende al juez de la instancia²⁶. De ello se puede colegir que Constitución y Tratado no comparten una misma jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo Núñez avanza más allá al señalar «que el juez tiene el deber de interpretar las normas constitucionales en armonía con las internacionales»²⁷. La sentencia en cuestión de la Corte Interamericana señala, en su considerando 124, que los jueces están obligados «a velar porque los efectos de las

20. HENRÍQUEZ (2008) p. 107.

21. HENRÍQUEZ (2008) p. 107.

22. HENRÍQUEZ (2008) p. 111.

23. HENRÍQUEZ (2008) p. 113.

24. NÚÑEZ (2009) p. 497.

25. NOGUEIRA (2012a) p. 154.

26. NOGUEIRA (2012a) pp. 154-155.

27. NÚÑEZ (2008) p. 358.

disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin»²⁸, con lo que parece restringir el control de convencionalidad a las leyes, pero luego, en el mismo considerando, señala: «El Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos»²⁹, abriendo ahora este control a toda norma jurídica interna, sin distinguir su naturaleza, y obligando de algún modo a los jueces a transformarse en «jueces interamericanos en el plano nacional»³⁰. Para evitar la contradicción entre normas internas, especialmente las constitucionales, con la Convención, una solución podría ser la propuesta por Núñez en el sentido de interpretarlas conforme a la normativa internacional. El problema de la jerarquía parece entonces desdibujarse.

Actualmente el derecho no puede verse como un fenómeno circunscrito a las fronteras del Estado. Observamos cómo se utilizan diversas fuentes de derecho y cómo los jueces dialogan entre ellos, sin importar si pertenecen a una misma jurisdicción o no, e incluso, si provienen o no de una misma tradición jurídica. El control de convencionalidad, exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un buen ejemplo de ello. En palabras de Núñez, «el constitucionalismo contemporáneo, al menos en Occidente, se caracteriza por la progresiva interrelación entre las fuentes internas y aquello que puede identificarse con el término ‘Derecho no nacional’ »³¹. En ese sentido no es de extrañar que el Tribunal Constitucional chileno no se limite a las fuentes internas de Derecho, sino que recurra también a otros instrumentos. Cobra sentido, en esta forma de ver el problema, la referencia –ya clásica– al «catálogo de derechos abierto»³² que hace Nogueira.

La posibilidad de perseguir la responsabilidad internacional de los Estados determina «la internacionalización de la Constitución y la constitucionalización del derecho internacional»³³. En nuestro medio se observa igualmente una tendencia a la internacionalización, y por ello resulta «fácil advertir cómo nuestros órganos legislativos, administrativos y judiciales desarrollan los

28. *Almonacid Arellano y otros con Chile* (2006) p. 53.

29. *Almonacid Arellano y otros con Chile* (2006) p. 53.

30. NOGUEIRA (2012 b) p. 60.

31. NÚÑEZ (2009) p. 488.

32. NOGUEIRA (2003)

33. NOGUEIRA (2012 a) p. 153.

mandatos constitucionales a partir de premisas cada vez menos nacionalistas y cada vez más internacionalistas»³⁴. Fuera del ámbito jurídico se habla de «interdependencia»³⁵, queriendo hacer notar que la independencia de los Estados reposa hoy sobre una base de relaciones, más que sobre la idea tradicional de soberanía exclusiva y excluyente, cuestión que es perfectamente aplicable al ámbito jurídico y especialmente al tema sobre el que reflexionamos.

Galdámez destaca que el Tribunal Constitucional ha ido incorporando progresivamente no sólo referencias a tratados internacionales, sino también a derecho y jurisprudencia extranjera, tendencia en la que distingue dos etapas: la primera entre los años 2006 y 2007 que denomina «la etapa de las referencias escasas al derecho y jurisprudencia extranjeras»³⁶; y la segunda, denominada «uso creciente de la técnica del derecho comparado»³⁷ que la ubica entre los años 2008 y 2010. Sin duda esto viene a llenar los vacíos de la doctrina nacional, por ejemplo, en materia de igualdad ante la ley, en la que se puede observar como en los últimos años el Tribunal Constitucional ha ido llenando de contenido esta garantía constitucional.

Identidad Constitucional

«Si el Derecho Internacional es un límite al ejercicio de la soberanía, la identidad constitucional es un concepto que configura, o delimita, las fronteras de dicho límite y, por lo tanto, cumple una función jurisdiccional»³⁸. Esta identidad «potencialmente pueden entrar en fricción con la normativa internacional»³⁹.

En el plano internacional «la doctrina del margen de apreciación tiende a preservar, dentro de sus márgenes legítimos, la identidad constitucional».⁴⁰ Cabría preguntarse entonces a quién corresponde hacerlo en el plano interno. No corresponde al Tribunal Constitucional construir esta identidad, lo que cabe al constituyente⁴¹, pero habría que determinar si a este Tribunal le corres-

34. NÚÑEZ (2009) p. 488.

35. BARBER (2010)

36. GALDÁMEZ (2012) p. 192.

37. GALDÁMEZ (2012) p. 193.

38. NÚÑEZ (2008) p. 334.

39. NÚÑEZ (2009) p. 510.

40. NÚÑEZ (2008) p. 352.

41. NÚÑEZ (2008) p. 355.

ponde custodiarla.

Estas interesantes observaciones de Núñez deben llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal Constitucional podría poner entonces límites a la vigencia del Derecho Internacional, asumiendo un rol de custodio de la identidad constitucional, cuestión que podría explicar la reticencia a considerar los tratados internacionales. Sin embargo, esta resistencia no se da en todos los casos, lo que nos lleva a preguntarnos si ha asumido este rol de custodio o simplemente recurre a los tratados para reforzar sus propias interpretaciones de la normativa constitucional o recurre a ellos frente a vacíos de la misma. Como veremos más adelante, al parecer lo que hace el Tribunal es buscar argumentos para reforzar sus propias visiones.

«Solo puede decirse que existe una verdadera identidad constitucional cuando, en confrontación con otra, una comunidad expresa y defiende un conjunto de valores o principios que le resultan propios»⁴². Es decir, la idea de confrontación es consustancial a la identidad constitucional, por ello no bastaría que el Tribunal Constitucional no aplique tratados para sostener que está defendiendo la identidad constitucional si no que para ello se requeriría que expresamente rechace su aplicación. Si bien son numerosos los casos en que se han invocado tratados que finalmente no han sido considerados por el Tribunal al fallar, esto no lo ha hecho, o al menos no lo ha declarado así, en defensa de la identidad constitucional. Tampoco podría decirse, en consecuencia, que el Tribunal renuncia a la identidad constitucional en los casos en que ha optado por la aplicación de los tratados.

El recurso a los valores constitucionales como fundamento de las decisiones por parte del Tribunal Constitucional es visto por Núñez como un recurso a la identidad constitucional⁴³, pues el entramado normativo de valores son los que definen la mencionada identidad. Sin embargo, como el mismo autor señala, «el constituyente no ha autorizado a los órganos jurisdiccionales nacionales para dejar de cumplir con los compromisos asumidos en virtud de los tratados internacionales (...) [y] la única posibilidad para dar prioridad a la defensa de la identidad constitucional consiste en la denuncia del tratado»⁴⁴, cuestión que como es obvio escapa a la competencia del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, no podría este órgano, so pretexto de defender la identi-

42. NÚÑEZ (2008) p. 337.

43. NÚÑEZ (2008) p. 342.

44. NÚÑEZ (2008) p. 357.

dad constitucional, dejar de aplicar un tratado internacional. Si esto fuera así le estaríamos otorgando al Tribunal Constitucional facultades constituyentes, para definir la identidad constitucional, o bien ejecutivas, para denunciar un tratado. Por ello la identidad constitucional se torna un concepto complejo.

Para Núñez esta identidad limita la aplicación del derecho no nacional, y «opera sólo una vez que fracasa el intento del juez nacional por conciliar, en el caso concreto, la norma constitucional y la internacional»⁴⁵. Entonces, si resulta imposible realizar esta conciliación, siguiendo al citado autor, debiera preferirse el derecho nacional, lo que equivale a sostener que el derecho nacional tiene preeminencia –mayor jerarquía– que el internacional. Como hablamos de identidad constitucional entendemos que la referencia al derecho nacional debe entenderse como hecha a la Constitución nacional y no a todo el ordenamiento jurídico, con lo que llegamos a la misma conclusión que el Tribunal Constitucional, al menos formalmente, mantiene respecto de la jerarquía de los tratados sobre Derechos Humanos.

Uso de tratados internacionales en la jurisprudencia nacional

El profesor Humberto Nogueira demuestra que con posterioridad a la citada STC 346 el Tribunal Constitucional sí utiliza tratados internacionales, dándoles un valor a lo menos igual al de la Constitución. Entre los años 2007 y 2010 «hay un uso del derecho internacional de los Derechos Humanos moderado, con distinta intensidad y objeto por parte del Tribunal Constitucional»⁴⁶, inclusive en casos en que los requirentes no invocan de forma acertada el derecho internacional.⁴⁷ En un sentido similar se pronuncia Núñez, quien señala que «en la jurisprudencia de inaplicabilidad es posible advertir una larvada forma de conexión entre la infracción a los convenios internacionales y el artículo 5 CPol»⁴⁸, idea que reitera al señalar que «la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional se está abriendo a la utilización de (por lo menos) fuentes internacionales como parámetros de constitucionalidad»⁴⁹.

Cabe advertir que entre los años 2007 y 2010 las materias en las cuales el

45. NÚÑEZ (2008) p. 364.

46. NOGUEIRA (2012 a) p. 159.

47. NOGUEIRA (2012 a) p. 160.

48. NÚÑEZ (2009) p. 525.

49. NÚÑEZ (2010) p. 547.

Tribunal Constitucional recurrió a los tratados internacionales fueron, según Nogueira, las siguientes: «(A) el caso de la prisión por deudas; (B) el derecho a la identidad personal; (C) el derecho a la revisión de la sentencia penal o derecho al recurso; (D) la presunción de inocencia, y (E) la prohibición de *reformatio in pejus*».⁵⁰ Concordamos parcialmente, por cuanto los casos del derecho a la identidad y de prohibición de aumentar la pena vía recurso de casación se tratan más bien de derechos implícitos, que el Tribunal construye por vía interpretativa a partir de instrumentos internacionales que no los mencionan expresamente. En el primer caso el Tribunal extrae el derecho a la identidad del menor a partir de lo preceptuado en la Convención de Derechos del Niño, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en el segundo caso lo hace a partir de lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

«Las sentencias del Tribunal Constitucional han pasado desde una prescindencia del derecho internacional de los derechos humanos como regla general [...] a un uso moderado y tímido de las normas jurídicas internacionales»⁵¹.

Pluralismo constitucional

La vieja discusión entre monistas y dualistas ha llevado a que el debate sobre los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos en nuestro medio sea sobre la jerarquía de los mismos en relación a las normas constitucionales: ¿tienen jerarquía infraconstitucional, constitucional o supraconstitucional?. «El discurso del pluralismo constitucional renuncia a sostener *a priori* la existencia de una relación jerárquica entre sistemas, limitando la aplicación de dicho principio a la relación entre normas específicas»⁵². El desafío entonces es dejar de lado esta discusión, puesto que «las fuentes internas y las fuentes internacionales de derechos se retroalimentan»⁵³. El control de convencionalidad puede ser un camino para asegurar una aplicación armónica del derecho vigente, considerando tanto sus fuentes internas, internacionales como así también las supranacionales⁵⁴.

50. NOGUEIRA (2012 a) p. 162.

51. NOGUEIRA (2012 a) p. 182.

52. NÚÑEZ (2009) p. 507.

53. NOGUEIRA (2003)

54. NOGUEIRA (2012 b) p. 78.

Junto con el uso de fuentes nacionales e internacionales, se puede observar también un diálogo –aunque a veces sólo pueda ser calificado de monólogo- entre jueces de diversas jurisdicciones, lo que implica más que la cita de fuentes no nacionales (sean éstas de índole doctrinaria o jurisprudencial). «La internacionalización del diálogo de los jueces es la manifestación de la desnacionalización del diálogo»⁵⁵, cuestión que ocurre en un contexto de globalización e interdependencia en que las fronteras se van desdibujando. Este diálogo «se desarrolla en un espacio en que las fronteras nacionales, culturales, lingüísticas retroceden cada día un poco más»⁵⁶, y es una suerte de reconocimiento al hecho de que «el derecho constitucional vigente en un determinado Estado no nace nunca de manera aislada en la mente del constituyente o del legislador»⁵⁷.

Podemos, con optimismo, mirar la jurisprudencia analizada desde esta nueva óptica, y concluir que más que contradecir su postura anterior, en el sentido de que los tratados de Derechos Humanos tienen rango infraconstitucional, lo que hace el Tribunal Constitucional al resolver recursos de inaplicabilidad en base a tratados internacionales, es asumir el paradigma del pluralismo constitucional, o reemplazando, como dice Núñez parafraseando a Zagrebelsky, «el discurso conflictivo de la jerarquía por el discurso dúctil de la armonización en el caso concreto»⁵⁸. En otras palabras, «despeja el tema de la jerarquía normativa reemplazándolo por el de la aplicabilidad preferente de la norma más protectora de los derechos o menos restrictiva de ellos»⁵⁹.

Para Nogueira, utilizando una categoría que podríamos ya considerar tradicional, esto implica el recurrir al «bloque constitucional de derechos»⁶⁰, cuestión que ocurre en el período por él analizado (2007-2010) en el cual el Tribunal asume «atributos y garantías de los derechos contenidos en el derecho convencional de los Derechos Humanos como parte del bloque de constitucionalidad de derechos»⁶¹. En nuestra opinión es más que eso, puesto que el bloque de constitucionalidad considera disposiciones que se han incorporado

55. NOGUEIRA (2012 b) p. 57.

56. NOGUEIRA (2012 b) p. 58.

57. NOGUEIRA (2013) pp. 222-223.

58. NÚÑEZ (2009) p. 523.

59. NOGUEIRA (2012 a) p. 185.

60. NOGUEIRA (2003)

61. NOGUEIRA (2012 a) p. 162.

de algún modo al ordenamiento nacional, mientras que la idea de pluralismo constitucional invita a abrirse a considerar fuentes no nacionales y fuentes que, si bien no son vinculantes, pueden ilustrar la interpretación de las que sí lo son. Así se puede entender que el Tribunal Constitucional chileno recurra, con no poca frecuencia, a jurisprudencia europea. A modo de ejemplo se puede mencionar la STC rol 2381-12, que para aplicar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos a la resolución de un recurso de inaplicabilidad, recurre a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶², y la STC rol 2152-11, recaída en el proyecto de ley sobre inscripción automática, Servicio Electoral y sistema de votaciones, en la que el voto concurrente del Ministro García Pino invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para referirse al derecho a voto de los presos⁶³.

Observa Nogueira que «la permeabilidad del orden jurídico nacional a las decisiones internacionales se ha acrecentado en el sistema interamericano como también en el sistema europeo de Derechos Humanos»⁶⁴, cuestión que nos da para pensar que el pluralismo constitucional no es un mero discurso, sino una forma de abordar la solución de problemas concretos que está siendo efectivamente utilizada por los tribunales, tanto en Europa como en nuestro continente.

«El conocer y usar la jurisprudencia extranjera e internacional no vinculan- te, además de la propia, posibilita la expansión y riqueza de la argumentación constitucional, fortaleciendo la calidad argumentativa de las sentencias»⁶⁵. Es evidente que los jueces no se encuentran obligados a considerar la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, pero al recurrir a ellas no sólo enriquecen sus propios fallos, encontrando mayores argumentos para fundarlos, sino que es posible que incorporen nuevos elementos de juicio que les hagan fallar en un sentido diverso del aquel en que lo habrían hecho sin haberlos considerados.

62. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por empresas Ariztía S.A. respecto del artículo 29 del D.L. N° 211, de 1973, en cuanto permite la aplicación de artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados «Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros», de que conoce el Tribunal de la Libre Competencia, bajo el rol C N° 236-11 (2013).

63. Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre inscripción automática, Servicio Electoral y sistema de votaciones (2012).

64. NOGUEIRA (2012 b) p. 79.

65. NOGUEIRA (2013) p. 224.

Podemos afirmar que en nuestro medio nacional no podemos encontrar este auténtico diálogo judicial, en el que los jueces efectivamente cambian su criterio y por ello su decisión, sino casos que caerían en la categoría que Núñez denomina «ad abundantiam»⁶⁶, es decir, el recurso a estas fuentes viene a reafirmar decisiones previamente tomadas⁶⁷. Si bien esto no esté ocurriendo en el medio nacional, aún, no es del todo ajeno a la experiencia extranjera⁶⁸.

Lo que sí podemos observar en el medio nacional, como lo hemos ya mencionado, es el uso de tratados internacionales por parte de los tribunales, es decir, hay un recurso al derecho internacional, pero no al derecho extranjero ni al derecho comparado. Nos preguntamos si ello implica recurrir al bloque de constitucionalidad o implica asumir una pluralidad de fuentes. La idea de pluralismo constitucional permite responder en el segundo sentido, y avizorar el uso de una mayor cantidad de fuentes en un futuro no lejano, y así ir superando la discusión sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Referencias

- Barber, Benjamin. Why Interdependence? (Understanding Interdependence Day». Disponible en: <<http://interdependencemovement.org/documents.php>>. [Fecha de Consulta: 9 de octubre de 2013].
- GALDÁMEZ, Liliana. *El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010*. En *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 39, N° 1, 2012. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012. pp. 189-223.
- HENRÍQUEZ, Miriam. *Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos: Análi-*

66. NÚÑEZ (2009) p. 499.

67. Núñez incorpora también las siguientes categorías de análisis: Evasión, complemento de la parte dogmática, uso y abuso del derecho internacional, derecho internacional y derecho comparado en la argumentación judicial. Ver NÚÑEZ (2009) pp. 498-504.

Nogueira por su parte utiliza las siguientes categorías de análisis: Interpretación receptiva, interpretación correctiva, interpretación innovadora e interpretación neutralizadora. Ver NOGUEIRA (2012 b) p. 119.

68. NOGUEIRA (2013) p. 228

- sis Jurisprudencial desde el método de casos.* En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 6, Nº 2, 2008. Santiago de Chile: Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008. pp. 73-119.
- NOGUEIRA, Humberto. *Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia.* En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Vol. 9, Nº 1, 2003. Talca: Ediciones Universidad de Talca, 2003. pp. 403-466.
- NOGUEIRA, Humberto. *El uso del Derecho Convencional Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en el período 2006 - 2010.* En *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Vol. 39, Nº 1, 2012. Santiago de Chile: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2012. pp. 149-197.
- NOGUEIRA, Humberto. *Diálogo interjudicial, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el período 2006-2011.* En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 10, Nº 2, 2012. Santiago de Chile: Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2012. pp. 57-140.
- NOGUEIRA, Humberto. *El uso del derecho y jurisprudencia constitucionales extranjera y de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010.* En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Vol. 11, Nº 1, 2013. Santiago de Chile: Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2013. pp. 221-274.
- NÚÑEZ, Manuel. *Introducción al concepto de Identidad Constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los Derechos de la Persona.* En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Vol. 14, Nº 2, 2008. Talca: Ediciones Universidad de Talca, 2008. pp. 331-372.
- NÚÑEZ, Manuel. *La función del Derecho Internacional de los Derechos de la Persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos.* En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. XXXII, 2009. Valparaíso: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009. pp. 487-529.
- NÚÑEZ, Miriam. *Sobre la declaración de inaplicabilidad de los Tratados Internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad.* En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

Vol. 8, N° 2, 2010. Ediciones Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2010. pp. 431-464.

RÍOS, Lautaro. *Jerarquía normativa de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. En *Ius et Praxis*. Universidad de Talca. Vol. 2, N° 2, 1997. Talca: Ediciones Universidad de Talca, 1997. pp. 101-112.

Jurisprudencia citada

Requerimiento formulado por diversos Diputados con el objeto de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1989, de acuerdo al artículo 82, N° 2, de la Constitución Política de la República (2002): Tribunal Constitucional, 8 de abril de 2012 (requerimiento de inconstitucionalidad). Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>>. [Fecha de Consulta: 14 de Enero de 2014].

Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de septiembre de 2006 (demanda). Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. [Fecha de Consulta: 15 de Enero de 2014].

Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre inscripción automática, Servicio Electoral y sistema de votaciones (2012): Tribunal Constitucional, 19 de enero de 2012 (control preventivo). Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>>. [Fecha de Consulta: 15 de Enero de 2014].

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por empresas Ariztía S.A. respecto del artículo 29 del D.L. N° 211, de 1973, en cuanto permite la aplicación de artículo 385 del Código de Procedimiento Civil, en los autos caratulados «Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros», de que conoce el Tribunal de la Libre Competencia, bajo el rol C N° 236-11 (2013): Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2013 (inaplicabilidad). Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>>. [Fecha de Consulta: 15 de Enero de 2014].