

LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN

THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND THE MARGIN OF APPRECIATION

*Andrea Rosario Iñiguez Manso**

Resumen

En este artículo la autora analiza el margen de apreciación en el Derecho Internacional, especialmente en lo que se refiere al derecho a la vida del que está por nacer. Además, hace referencia a la forma en que dicho concepto se relaciona con la soberanía de los Estados que pertenecen a la comunidad internacional.

Palabras claves: margen de apreciación, tratado internacional, derecho a la vida del que está por nacer, soberanía.

Abstract

In this article the author does an analysis of the margin of appreciation on international law, especially when it is related to the right to life of the unborn. Also she explains how these concept is related to the sovereignty of the States that are part of the international community.

Key words: margin of appreciation, international treaty, right to life of the unborn, sovereignty.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de los Andes. Actualmente es doctoranda en la misma Universidad. La presente investigación forma parte del proyecto FONDECYT N°1120634. Artículo recibido el 8 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 26 de agosto de 2013. Correo electrónico: rosarioini@vtr.net

Introducción

El concepto de margen de apreciación ha sido utilizado en distinto ámbitos del Derecho tanto nacional como internacional. Uno de ellos se refiere a la deferencia que debe existir entre los denominados organismos de control¹ con los poderes Ejecutivo y Legislativo. En un Estado federal, también se plantea esta problemática en cuanto a la deferencia que debe existir entre los organismos federales y los estatales.

Es difícil y complejo determinar el antecedente histórico del concepto de margen de apreciación. García Roca sostiene que éste “procede de las técnicas de la revisión judicial propias de los Estados, en particular, del Consejo de Estado francés”². De manera análoga, Vassel señala que su origen “se fundamenta en la jurisprudencia administrativa”³ nacional. “Así, el ‘Conseil d’Etat’ francés, de forma parecida, otorga a las autoridades una libertad de estimación”⁴.

El principio de margen de apreciación se ha ido configurando también en el Derecho Internacional. El problema es determinar cuál es la deferencia que debe existir entre cortes internacionales con la legislación nacional y las decisiones administrativas de los Estados contratantes del tratado, especialmente cuando se trata de la protección de la vida del que está por nacer. También nos referiremos brevemente a la relación del margen de apreciación con el respeto por la soberanía de los Estados contratantes de tratados internacionales.

I. El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no hace referencia explícita al margen de apreciación⁵, éste se ha ido configurando “con perfiles propios”⁶ a través de la jurisprudencia del TEDH⁷. La construcción de esta doctrina se ha fundado en dos principios:

¹ En el caso chileno, la Contraloría General de la República y el TC.

² Javier GARCÍA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tratado Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, p. 121.

³ Johann Justus VASEL, “El ‘margin of appreciation’ como elemento clave en el derecho constitucional europeo”, p. 19.

⁴ VASEL, *op. cit.*, p. 19.

⁵ Ripol Carulla lo denomina “autocontrol judicial”. Véase en Santiago RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, p. 73.

⁶ Véase GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 121.

⁷ Se hace presente al lector que la jurisprudencia de este tribunal ha sido estudiada en inglés. Por lo tanto, todas las traducciones son nuestras.

A. SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad se manifiesta en el artículo 35 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual señala que no se podrá recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta haberse agotado todos los mecanismos internos. Así, los primeros casos en los cuales se manifiesta el margen de apreciación se refieren a reclamos en contra de las medidas tomadas por Estados contratantes durante la vigencia de estados de excepción.

En *Ireland v. United Kingdom*, el TEDH determinó que cada Estado es libre para definir cuándo está en peligro su seguridad debido a una situación de crisis. Por lo tanto,

“las autoridades nacionales están en principio en una mejor posición que el juez internacional de decidir tanto en la presencia de tal emergencia y las derogaciones necesarias para revertirlas. A este respecto, el artículo 15 párr.1 (art. 15.1) deja a esas autoridades un amplio margen de apreciación”⁸. (cons. 207).

Sin embargo, hace presente que debe velar para que dichas medidas no se extiendan más allá de lo que requiere la emergencia. El TEDH falló a favor de Reino Unido, toda vez que determinó que las medidas tomadas por las autoridades inglesas no había vulnerado el artículo 15, en lo que se refiere a la derogación de normas de derecho internacional y que el Reino Unido había actuado dentro del margen de apreciación.

B. PROPORCIONALIDAD

El margen de apreciación también ha sido utilizado para determinar si las acciones tomadas por un Estado se justifican para proteger un determinado bien jurídico, es decir, si son proporcionales al fin buscado. En el caso de las “leyes lingüistas”⁹ el TEDH resolvió que la medida tomada por el Estado belga en materia de educación no era arbitraria, pues el fin buscado era que las escuelas que se encuentren en una zona del país donde se habla un determinado idioma, impartan la enseñanza en esa lengua. El TEDH consideró que la medida correspondía a un “interés público” (cons. 42) y en definitiva, era proporcional al fin buscado.

En fallos más recientes el TEDH ha utilizado el concepto de margen de apreciación en temas más polémicos, como son la libertad de conciencia

⁸ TEDH (1978), caso 5310/71

⁹ TEDH (1968), casos 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/ 63; 2126/64.

y el matrimonio homosexual. En el caso *Lautsi y otros v. Italia*¹⁰, determinó que la cuestión de los crucifijos en las escuelas quedaba dentro del margen de apreciación de los Estados, que su mera presencia no importa un intento de adoctrinamiento de los alumnos y no vulnera el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias creencias religiosas¹¹. En *Schalk y Kopf v. Austria*¹², resolvió que no existe consenso en la legislación europea sobre la aceptación del matrimonio homosexual y en consecuencia esta materia queda dentro del margen de apreciación de cada Estado.

En conclusión podemos señalar que el TEDH, si bien ha reconocido que existe margen de apreciación, esto no es óbice para que dicho organismo pueda supervisar la forma en que los Estados contratantes aplican los derechos reconocidos en la Convención y asegurarse que no se vulneren los límites del tratado.

II. La aplicación del margen de apreciación en el TJUE

A diferencia del TEDH, que exige que se agoten todos los mecanismos judiciales internos antes de recurrir a dicho tribunal, el TJUE puede ser requerido a modo de medida prejudicial por cualquier tribunal interno de los países contratantes, trámite en el cual se solicita su opinión en lo relativo a la aplicación de una norma de la UE que se esté invocando en la gestión judicial de la cual conoce. Diversos autores han reconocido la importancia que han tenido las cuestiones prejudiciales como mecanismo para incorporar el derecho de la UE en los Estados miembros. Weiler señala que se podría considerar a la cuestión preliminar como una forma de “empoderamiento judicial”¹³. Ripol Carulla sostiene que este procedimiento ha permitido que el TJUE “se haya nutrido de las instituciones y principios de los ordenamientos jurídicos estatales”¹⁴.

El problema es determinar el efecto que produce la resolución que resuelva la cuestión prejudicial. En opinión de Mangas Martín y Liñán Noguera esta

¹⁰ TEDH (2011), caso 30814/06.

¹¹ Los jueces Malinverni y Kalaydjieva votaron en contra del fallo y sostienen que los crucifijos forman parte del ambiente en el cual se educan los niños, el cual debe ser libre de discriminación.

¹² TEDH (2010), caso 30141/04.

¹³ Joseph H.H. WEILER, “The least dangerous branch: A retrospective and prospective of the European Court of Justice in the arena of political integration”, p. 197. La traducción es nuestra.

¹⁴ RIPOL CARULLA, *op. cit.*, p. 64.

“vincula con autoridad de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión, que debe aplicar la norma de la UE de conformidad con la interpretación dada por el TJUE. Asimismo, están vinculados por dicha sentencia los demás órganos judiciales nacionales llamados a conocer del mismo litigio”¹⁵.

Sin embargo, esto no ha sido un tema pacífico ni fácilmente aceptado por los tribunales nacionales. En este sentido el TC alemán¹⁶, en el caso conocido como “Solange I”¹⁷, dejó sin efecto una resolución del TJUE que declaró que el tribunal interno no podía someter una norma de la Comunidad al derecho germano, y no se podía alegar infracción a la Constitución nacional para excusarse de cumplir con las leyes de la entonces CEE. El TC alemán fundó su sentencia en el hecho que la CEE no tenía un parlamento elegido democráticamente, tampoco un catálogo de derechos humanos, y que Alemania al integrar la CEE no le transfirió poderes de manera tal que sus regulaciones pudieran vulnerar la Carta Fundamental germana¹⁸.

Conforme a lo señalado por Lanier, si bien el fallo del TC alemán fue objeto de diversas críticas, la jurisprudencia a la cual dio origen siguió vigente hasta 1986¹⁹ con el caso conocido como “Solange II”²⁰, en el cual sostuvo que se habían producido cambios en la CEE y reconoce el desarrollo de normas democráticas y de protección de los derechos fundamentales. En definitiva rechaza la petición de la demandante, la cual solicitaba que declarase que las normas de la CEE que se le pretendían aplicar en juicio eran contrarias a la Constitución germana.

A pesar de lo resuelto en el caso “Solange II”, debemos hacer presente que el TC alemán aparentemente no ha abandonado totalmente la doctrina “Solange I”. En Brunner²¹, dicha Magistratura no declaró inconstitucional el tratado de Maastricht, pero resolvió que cualquier ampliación de éste, inclusive aquella llevada cabo a través de fallos judiciales, y que no hubiera sido aprobada por ley, infringiría la Constitución²².

¹⁵ Diego J. LINÁN NOGUERAS y Araceli MANGAS MARTIN, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, pp. 462-463.

¹⁶ Sobre la importancia que ha tenido el TC en el desarrollo del derecho de la Unión Europea véase Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, pp. 111-127.

¹⁷ TC alemán (1974), 37 BVerfGE 271.

¹⁸ Sentencia citada en E.R LANIER, “Solange, farewell: The German Constitutional Court and the recognition of the Court of Justice of the European Communities as lawful judge”, p. 7

¹⁹ *Op. cit.*, pp. 10-11.

²⁰ TC alemán (1986), 73 BVerfGE 339.

²¹ TC alemán (1993), 2 BVR 2134/92.

²² Sentencia citada en Kevin D. MAKOWSKI, “Solange III: The German Federal Constitutional Court’s decision on accession to the Maastricht Treaty on European Union”, p. 169.

Esta decisión no ha estado exenta de críticas. Según De Miguel Bárcena, con este fallo dicha Magistratura quiso evitar que se profundizara el proceso de integración de la Comunidad fundado en el “activismo judicial europeo”²³. Martínez Estay sostiene:

“la creación masiva de mecanismos supranacionales de derechos humanos, no puede suponer la renuncia de las comunidades políticas a defender aquellos elementos básicos en los que se funda cada una de ellas”²⁴.

Admite la posibilidad que en casos graves el Estado podría no dar cumplimiento a las resoluciones de organismos internacionales. Y, si bien la Convención de Viena señala en su artículo 26 que los tratados deben cumplirse de buena fe y el artículo 27 sostiene que el Estado contratante no podrá ampararse en su derecho interno para no cumplir el tratado, la misma Convención en su artículo 46 prescribe

“que un Estado sí puede excusarse de cumplir un tratado si de cumplirlo resultase una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental para el derecho interno”²⁵.

Con el objetivo de poder solucionar estos problemas, Weiler propone crear un Consejo Constitucional de la Comunidad, el cual tendría atribuciones en cuestiones de competencia. Ningún Estado tendría derecho a vetar sus decisiones. De Miguel Bárcena se manifiesta contrario a la propuesta de Weiler y sostiene que los TC nacionales no estarían dispuestos a entregar sus competencias en estas materias²⁶. Nosotros coincidimos con este último autor. Nos parece una solución poco realista la opción planteada por Weiler, teniendo presente el pluralismo jurídico, político y cultural que existe entre los distintos Estados contratantes de la Unión Europea²⁷.

²³ Josu DE MIGUEL BÁRCENA, “Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo”, p. 97. En relación con este mismo tema, el profesor Richard Stith ha calificado al TJUE como una “incomparable Corte activista”. Véase RICHARD STITH, “Securing the rule of law through interpretive pluralism: An argument from comparative Law”, p. 421. La traducción es nuestra.

²⁴ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Constitución y fuentes del derecho”, p. 364.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ DE MIGUEL BÁRCENA, *op. cit.*, p. 102.

²⁷ En todo caso, el mismo Weiler advierte que si no se respetan las “sensibilidades constitucionales de cada Estado Miembro (...) solo podemos esperar más Decisiones Maastricht”. Véase JOSEPH H.H. WEILER, “Epilogue: The judicial après nice”, p. 221. La traducción es nuestra.

III. El margen de apreciación en la jurisprudencia de la Comisión y Corte IDH

La Comisión y la Corte IDH aparentemente han sido reacias en acoger los principios de margen de apreciación. Núñez Poblete sostiene que ambas “han sido más activistas que deferentes frente a los ordenamientos internos”²⁸. Benavides Casals señala que la Corte IDH se distingue

“del TEDH que ha elaborado una teoría del orden público europeo y de acuerdo a él, entre otros, aplica o no el consenso y el margen de apreciación de los estados, la Corte, por su parte no ha elaborado una teoría de un orden público propiamente interamericano, tendiendo más bien a la universalidad y a ver un consenso universal aplicado a su jurisprudencia, al utilizar expresiones tales como el *corpus iuris internacional*”²⁹.

El profesor Cançado Trindade reconoce que

“afortunadamente tal doctrina³⁰ no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³¹.

Si bien la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte IDH, en general, no hacen referencia explícita al principio de margen de apreciación, hay excepciones. En el caso Cristián Sahli y otros *v.* Chile, la Comisión resolvió:

“lee el artículo 12 (el derecho a la libertad de conciencia) conjuntamente con el artículo 6(3) (b) de la Convención Americana interpretando que reconocen expresamente el derecho a la condición de objetor de conciencia en los países en que dicha condición esté reconocida en su legislación interna. En Chile, la condición de objetor de conciencia no está reconocido en la leyes nacionales, por lo cual el Estado argumenta que no está obligado a otorgarla”³² (cons. 97).

²⁸ Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, p. 352.

²⁹ María Angélica BENAVIDES CASALS, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, p. 308. Lo destacado es de la autora.

³⁰ Se refiere al margen de apreciación, doctrina que califica como “fórmulas nebulosas (...) desprovisto de contenido verdaderamente jurídico”. Véase Antonio CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, p. 401.

³¹ CANÇADO CRINDADE, *op. cit.*, p. 389.

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), Informe 43/05: caso 12.219.

En *Ulloa y otros v. Costa Rica*³³, la Corte IDH determinó que el derecho de recurrir de una sentencia, consagrado en el artículo 8.2 letra h) del Pacto de San José

“debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo” (cons. 161).

Finalmente, en el caso de *Karen Atala y Niñas v. Chile*³⁴ la Corte IDH, en nuestra opinión, utilizando un concepto bastante discutible sobre interpretación evolutiva de los tratados internacionales, habría creado una nueva categoría de discriminación en base a la condición social (la “orientación sexual”), señalando:

“la Corte resalta que la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de la minorías sexuales no puede ser considerada como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores o países, y que no sea necesariamente materia de consenso, no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir” (cons. 92).

La única referencia al margen de apreciación se encuentra en el voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, quien sostuvo que en materia de definición de lo que es familia es “más necesario reconocer un margen de apreciación nacional”³⁵.

IV. El consenso y su relación con el margen de apreciación

A. LA IMPORTANCIA DEL CONSENSO COMO ELEMENTO DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

Uno de los aspectos más polémicos que genera el concepto de margen de apreciación es el consenso, puesto que se ha entendido que en la medida que no exista acuerdo entre los países contratantes sobre la existencia o

³³ CORTE IDH, (2004): caso 12.367.

³⁴ *Op. cit.*, (2012): caso 12.502.

³⁵ Lo destacado es del autor.

regulación de un derecho, se debería respetar el margen de apreciación. Es decir, se debe permitir que los Estados los regulen sin que los tribunales internacionales puedan resolver estos temas.

Existen diversas justificaciones para sostener que el consenso, o la falta de éste, pueden ser utilizados como mecanismo para determinar el margen de apreciación. En primer lugar no se puede ignorar que la redacción de los tratados internacionales que versan sobre materias de derechos humanos pueden contener enunciaciones ambiguas sobre los derechos fundamentales, y en consecuencia se producirían divergencias en la forma en que se le debe dar contenido a estos derechos³⁶.

En segundo término, existe relación entre el silencio de los tratados sobre derechos humanos y el consenso como criterio de margen de apreciación. A este respecto, el profesor Núñez Poblete sostiene que los efectos de estos tratados son distintos que los que generan el derecho interno, “– al menos en principio– no hay en nuestro sistema impedimentos positivos para reconocer derechos no positivados”³⁷. En cambio, en el caso de los convenios internacionales de derechos humanos no se podría proceder de la misma manera, pues si bien se puede recurrir a un criterio evolutivo de interpretación, se debe tener presente que “pretender que el tratado dice algo allí donde guarda silencio es tan grave como subvertir el significado de sus palabras”³⁸.

B. CRITERIOS PARA DEFINIR EL MARGEN DE APRECIACIÓN

Los problemas antes explicados nos llevan a intentar determinar cuáles son los criterios que se pueden utilizar en el caso concreto para definir el margen de apreciación. Barbosa Delgado sostiene que si se trata de derechos

“civiles o políticos existirá un control estricto del margen nacional de apreciación, mientras que si es de naturaleza social, económica o cultural, el control judicial internacional será laxo”³⁹.

³⁶ En este sentido, es interesante citar el denominado Caso Carolina, en el cual el TC germano rechazó la reclamación de Carolina de Mónaco, en relación a que la publicación de fotos sobre sus actividades personales eran una violación de su vida privada. Por el contrario, el TEDH acogió la demanda, señalando que la princesa no ocupaba cargos públicos en Mónaco y por lo tanto los medios alemanes no tenían derecho a publicar fotos de aquellos ámbitos que ella consideraba parte de su vida íntima. TEDH (2004), caso 59320/00.

³⁷ Manuel NÚÑEZ POBLETE, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, p. 512.

³⁸ NÚÑEZ POBLETE, “La función...”, *op. cit.*, p. 512

³⁹ FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO, “Los límites a la doctrina del margen de apreciación nacional en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, p. 117.

Núñez Poblete opina que materias como el derecho a la vida del que está por nacer, la eutanasia y el matrimonio homosexual deberían quedar dentro del margen de apreciación, toda vez que no existe consenso internacional en cómo solucionar estos temas⁴⁰.

Diversos autores⁴¹ e incluso jueces integrantes del TEDH han reconocido los dilemas generados por la falta de objetividad y de certeza jurídica del margen de apreciación. En el caso de las “leyes lingüísticas”, el juez Wold señaló:

“Los derechos humanos garantizados son derechos absolutos, que no pueden ser objeto de regulación por separado de los Estados salvo si expresamente lo establece la Convención y bajo las condiciones que la Convención haya establecido”.

A pesar de las críticas que ha tenido el principio de margen de apreciación, éste ha sido defendido por constituir una fórmula que en definitiva ha reconocido la diversidad cultural que existe en Europa, sobre todo teniendo presente, como sostiene García Roca, que la misma Convención Europea de Derechos Humanos señala en su preámbulo que el objeto de la creación del Consejo de Europa es “realizar una unión más estrecha entre sus miembros”⁴². Shany incluso ha llegado a reconocer que este principio se aviene con las leyes de derecho internacional que “sacrifican la certeza legal por el pluralismo”⁴³.

En definitiva, el problema del relativismo del cual adolecería el margen de apreciación⁴⁴ nos lleva a intentar buscar otras formas de solución⁴⁵. Una

⁴⁰ NÚÑEZ POBLETE, “La función...”, *op. cit.*, pp. 519-520.

⁴¹ Véase en Néstor P. SAGÜES, “Las relaciones entre los tribunales internacionales”, p. 219, y Murat TÜMAY, “The ‘margin of appreciation doctrine’ developed by the case law of the European Court of Human Rights”, p. 214.

⁴² Véase GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 132.

⁴³ Yuval SHANY, “Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?”, p. 939. La traducción es nuestra.

⁴⁴ La falta de certeza en el reconocimiento y protección de los derechos humanos se deduce también de la jurisprudencia del TEDH. En *Schalk y Kopf vs Austria* éste señaló: “los Estados todavía son libres (...) para restringir el acceso al matrimonio a parejas de sexo diferente” (cons. 108). A partir de esta expresión, podemos deducir que el TEDH estaría anticipando que en casos futuros podría no respetar el margen de apreciación en materia de matrimonio homosexual.

⁴⁵ No se debe olvidar que estamos ante derechos fundamentales, que en esencia son universales, inmutables e inalienables, por lo tanto su protección más profunda no puede variar sustancialmente según la realidad política o social. En este sentido, Benavides Casals señala que es “de la esencia de los sistemas de protección de los derechos humanos el respeto y protección de los derechos de las minorías”. Véase BENAVIDES CASALS, *op. cit.*, p. 299.

de ellas es que sería aconsejable evitar que los instrumentos internacionales contengan declaraciones ambiguas relativas al contenido de un derecho. También podría ayudar si se reforzara el principio de “identidad constitucional y cultural” como criterio de los tribunales internacionales. Esta fórmula fue utilizada en “Internationale Handelsgesellschaft”⁴⁶ y “Nold”⁴⁷, en los cuales el TJUE tuvo en consideración la tradición cultural común y la forma en que el Estado Alemán protege las garantías fundamentales, manteniendo un grado de deferencia con el derecho interno. Ripol Carulla sostiene que debe haber un “diálogo”⁴⁸ entre los tribunales internacionales e internos. Weiler⁴⁹ agrega que los tribunales internos e internacionales no se pueden ver como enemigos, sino que debe imperar la cooperación.

V. El margen de apreciación, y la interpretación de los tratados internacionales

El tema del margen de apreciación hace necesario que analicemos los criterios de interpretación de los tratados internacionales establecidos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En el caso de *Shalk y Kopf v. Austria*, el TEDH hace referencia a los elementos que permiten interpretar los tratados, y sostiene que si se analiza el artículo 12 de la Convención Europea de los Derechos Humanos –de manera aislada– se podría concebir que ésta permite el matrimonio homosexual. Sin embargo, señala que cuando la Convención se refiere a los derechos usa los vocablos

“‘todos’ o sostiene que ‘nadie’ debe estar sometido a ciertos tipos de tratados prohibidos. La elección del vocablo que utiliza el artículo 12 debe entenderse como deliberada. Es más, se debe hacer referencia al contexto histórico en que la Convención fue adoptada. En la década de 1950 el matrimonio era claramente entendido en su concepción tradicional de ser una unión entre parejas de distinto sexo” (cons. 55).

Los jueces Malinverni y Klover señalan en su voto concurrente que el significado ordinario del artículo 12 de la Convención Europea de De-

⁴⁶ TJUE (1970): caso 11/70.

⁴⁷ TJUE (1974): caso 4/73.

⁴⁸ Véase RIPOL CARULLA, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁹ Véase Joseph H.H. WEILER, “Fundamental rights and fundamental boundaries: in the conflicts of standards and values in the protection of human rights in the european legal space”, p. 124.

rechos Humanos es reconocer el derecho a contraer matrimonio, en el entendido que éste se celebra entre un hombre y una mujer. Agregan que el “artículo 12 asocia el derecho a casarse con el de fundar una familia”.

Otro criterio que se ha utilizado para la interpretación de tratados ha sido el evolutivo o dinámico. Jacobs y White sostienen: “la interpretación de la Convención debe ser ‘dinámica’ en el sentido que se debe interpretar a la luz del desarrollo de actitudes sociales y políticas”⁵⁰. En nuestra opinión, el intérprete de los tratados internacionales debe tener presente los cambios que se hayan producido desde la dictación de éstos instrumentos, especialmente en el ámbito de la tecnología. Por ejemplo, la determinación del contenido del derecho a la honra y expresión no puede ignorar los avances en Internet. Tampoco se puede abordar el derecho a la vida del que está por nacer sin tener en consideración los avances científicos que ha habido en este campo, sobre todo en el de la genética⁵¹.

Es menester señalar que el criterio de interpretación evolutivo o dinámico fundado en los avances científicos puede ser utilizado, en nuestra opinión, cuando el tratado contiene enunciaciones o preceptos ambiguos, mas no para que un tribunal internacional se sustraiga de la aplicación de la norma expresa⁵². Además la interpretación dinámica de los tratados no puede llevar al intérprete a desconocer su sentido o intentar crear nuevos derechos a partir de interpretaciones a veces torcidas o demasiado amplias de derechos ya existentes en la Convención⁵³.

Lo planteado anteriormente ha sido discutido por la jurisprudencia y la doctrina. Así, el juez Fitzmaurice en el caso *Golder*⁵⁴, sostiene que el TEDH no puede “traspasar al área que podría bordear la legislación

⁵⁰ Francis G. JACOBS & Robin C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, p. 31. La traducción es nuestra.

⁵¹ A este respecto, los jueces Mularoni y Stráznická, en su voto disidente en el caso *Vo v. Francia* señalan que si bien los “travaux préparatoires” de la Convención Europea de Derechos no señalan que el art. 2° de la Convención se puede aplicar a los no nacidos, se debe tener presente los avances que ha habido desde década de los años 50 en estas materias. Consideran que el art. 2° de la Convención “debe ser interpretado de manera evolutiva para que los grandes peligros que actualmente enfrenta la vida humana puedan ser confrontados”.

⁵² En el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, la CIADH utilizó como criterio de interpretación evolutivo del artículo 4 N°1 del Pacto de San José: “i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto del estatuto legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas en el derecho comparado en relación con la FIV” (cons. 246). Esta interpretación se lleva a cabo contra el contenido expreso del artículo 4 N°1 que protege la vida del que está por nacer, en general, desde la concepción. CIADH (2012): caso 12.361.

⁵³ Por ejemplo, el “derecho al aborto” como una extensión del derecho a la vida privada. Volveremos sobre este punto.

⁵⁴ TEDH, (1975): caso 4451/70.

judicial” y la Convención “no puede ser interpretada para proveer más de lo que contiene”, teniéndose presente además que las normas de una Convención emanan de un consentimiento mutuo entre Estados y no de organismos soberanos, por lo tanto debe “limitarse a lo que se ha acordado o lo que se puede presumir apropiadamente que se acordó”. Núñez Poblete sostiene que una de las desconfianzas hacia los sistemas jurídicos internacionales es el activismo judicial, lo cual

“deteriora en mayor o menor medida la legitimidad misma del Derecho internacional, al tiempo que sacrifica las posibilidades de los legisladores y jueces internos para configurar la solución más justa a las particularidades del caso”⁵⁵.

VI. El principio de margen de apreciación y el derecho a la vida del que está por nacer ante las cortes internacionales

A. TEDH

Existen diversos fallos del TEDH en los que se hace referencia al principio de margen de apreciación de los Estados contratantes de la Carta Europea de los Derechos Humanos de 1950 y los derechos del nonato⁵⁶. El problema es que se presentan contradicciones cuando se intenta definir cuáles son aquellas áreas que quedan dentro del margen de apreciación, ya que las sentencias del TEDH no han sido homogéneas y no ayudan a determinar el estatuto jurídico del embrión.

Los criterios utilizados para delimitar el margen de apreciación de los Estados contratantes en los casos de aborto son los siguientes:

1) El consenso

En el caso *Vo v. Francia*, el TEDH sostuvo que, debido a diferencias de diversa índole entre los Estados europeos, no hay consenso respecto de cuándo comienza la vida o las normas que se deben aplicar al embrión, por lo tanto, estas materias quedan dentro del margen de apreciación. En relación al que está por nacer, declaró:

⁵⁵ NÚÑEZ POBLETE, “La función...”, *op. cit.*, p. 505.

⁵⁶ Véase las sentencias TEDH, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992): caso 64/1991. TEDH *Vo v. France* (2004): caso 53924/00. TEDH, *Tysiac v. Poland* (2007): caso 5410/03. TEDH, *A, B and C v. Ireland* (2010): caso 25579/05. TEDH, *R.R v. Poland* (2011): caso 27617/04.

“La Corte está convencida que ni es deseable, ni siquiera posible (...) de responder en abstracto la pregunta si el no nacido es una persona para los propósitos del artículo 2 de la Convención”⁵⁷ (cons. 85).

Sin embargo, agrega: “ellos están comenzando a recibir algo de protección a la luz de los progresos científicos” (cons. 84) y estima que se puede establecer que hay consenso que “el embrión/feto pertenece a la raza humana”. (con. 84). En definitiva, el TEDH establece que el que está por nacer pertenece a la raza humana, pero no deja en claro si se le debe reconocer el derecho a la vida consagrado en el artículo 2° de la Convención.

En el caso de *A, B y C v. Ireland*, rechaza la demanda de A y B, toda vez que las solicitantes requieren un “aborto a petición”, y en opinión del TEDH esta materia se mantiene dentro del margen de apreciación de Irlanda, aunque la mayoría de los países europeos tienden a permitirlo.

Las decisiones del TEDH en materia de aborto no han sido unánimes, y existen votos disidentes que son interesantes de mencionar. En *Open Door* el juez Blaney manifiesta que el derecho del que está por nacer es un derecho humano. En *Tysiac v. Poland* el juez Borrego señala:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Hoy, la Corte ha decidido que un ser humano nació como resultado de una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos. De acuerdo a este razonamiento, hay un niño polaco, que actualmente tiene seis años de edad, cuyo derecho a nacer contradice la Convención. Nunca me hubiera imaginado que la Convención iría tan lejos, y lo encuentro aterrador”.

2) Identidad cultural

En el caso *A,B,C v. Irlanda*, el TEDH se refiere específicamente a este tema y procede a analizar el desarrollo de la legislación irlandesa en temas de aborto. Hace presente que las consultas populares que se han hecho en Irlanda ponen de manifiesto que el aborto es rechazado por el colectivo irlandés⁵⁸.

⁵⁷ Si analizamos este considerando a la luz del derecho chileno, se puede afirmar que el TEDH habría vulnerado el principio de inexcusabilidad establecido en el artículo 76 inciso 2° de la Constitución.

⁵⁸ Los jueces Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni y Poalelungi disienten y señalan que si bien es afirmativo que existe una profunda convicción moral en Irlanda sobre el tema del aborto, ésta no puede ignorar el consenso europeo en esta materia, el cual es contrario a la postura de Irlanda.

3) La interpretación de los tratados internacionales y el margen de apreciación

La problemática de la interpretación de los tratados se presenta especialmente en las demandas presentadas ante el TEDH contra Polonia e Irlanda, en las que se alegan infracciones a presuntos derechos a los cuales la Convención no hace expresa mención.

Así, en R.R, Tysiac y A, B y C, reconoce que el tema de la protección de la vida del que está por nacer queda dentro del margen de apreciación de los países contratantes de la Convención. Sin embargo, en el primer y tercer caso antes indicado, sostiene que el margen de apreciación tiene relación con el deber de los Estados de tomar las medidas que equilibren los derechos de la madre y del niño que está por nacer. Específicamente, en A, B, C y R.R, determinó que una vez que el Estado contratante decide regular el aborto, debe hacerlo

“de manera coherente que permita los diferentes legítimos intereses involucrados de ser tomados adecuadamente en consideración y en acuerdo a las obligaciones derivadas de la Convención” (cons. 187 y 249 respectivamente).

El problema es que este mismo tratado no hace referencia al aborto, por lo tanto, el TEDH no aclara la forma en que los Estados contratantes deben regular un derecho conforme a lo establecido en la Convención, si tales obligaciones no están expresamente señaladas en el tratado.

En el caso de C, el TEDH vincula el derecho a la privacidad con el aborto, distinguiendo además los casos en que el Estado efectivamente tiene margen de apreciación para poder prohibirlo (aborto a elección, caso A y B) y en los cuales no tiene este derecho (aborto por riesgo de la salud de la madre, caso C) sin haber norma expresa de la Convención al respecto⁵⁹. En el mismo sentido, en Tysiac, el TEDH determinó que las leyes polacas relativas al aborto impiden que la mujer pueda ejercer el derecho a la privacidad reconocido en el artículo 8° de la Convención.

⁵⁹ Rey Martínez señala que en el caso A, B, C el TEDH “se niega expresamente a emplear un criterio interpretativo evolutivo y a considerar, en consecuencia, que se deriva del artículo 8° del Convenio la exigencia de que estatalmente se configure (aunque sea de modo más o menos restrictivo) la posibilidad de un aborto por razones de salud o de bienestar de la mujer embarazada”. Véase Fernando REY MARTÍNEZ, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘A, B y C vs. Irlanda’, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, p. 298.

4) Las acciones positivas o negativas de los Estados para dar cumplimiento de los derechos de la Convención

El artículo 18 de la Convención señala:

“Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”.

Por lo tanto, los Estados tienen que llevar a cabo acciones positivas y negativas para lograr el máximo goce de los derechos reconocidos en la Convención. En A, B, C, el TEDH determinó: “Los principios aplicables para determinar las obligaciones negativas y positivas del Estado bajo la Convención son similares” (cons. 247) y agrega en R.R que no se ha definido cuales son los límites entre las acciones positivas y negativas y éstas tampoco han sido determinadas, sin embargo, debe haber una relación equilibrada

“entre los intereses individuales y los de la comunidad como un todo; y en ambos contextos el Estado goza un cierto de margen de apreciación” (cons. 189).

En ambos casos, el criterio de las acciones positivas y negativas de los Estados fue uno de los fundamentos por los cuales el TEDH sentenció que los países demandados no habían tomado las acciones necesarias para proteger el derecho a la privacidad de las mujeres para abortar, establecido en el artículo 8° de la Convención.

B. CORTE EUROPEA DE JUSTICIA

En *SPUC v. Grogan*⁶⁰, el grupo SPUC demandó a Stephen Grogan y a otros representantes de organizaciones estudiantiles por distribuir información en Irlanda sobre el lugar donde se ubicaban clínicas abortivas en países extranjeros y que son miembros de la Unión Europea. SPUC reclamó que la Constitución irlandesa protege la vida del que está por nacer y que el aborto no puede ser considerado un “servicio” en los términos del Tratado de la Comunidad por ser “groseramente inmoral e involucra la destrucción de la vida humana, específicamente del embrión” (cons. 19). El TJUE resolvió que el aborto es un servicio y puede ser “llevado a cabo en acuerdo con las leyes del Estado en el cual se realiza” (cons. 21).

⁶⁰ TJUE, (1991): caso 159/90. La traducción de las citas textuales de este fallo son nuestras.

En el presente caso, el TJUE declinó referirse a la dimensión moral del aborto reclamada por el grupo SPUC, señalando que “cualesquiera sean los méritos de esos argumentos en el plano moral” (cons. 20) no pueden tener influencia en la pregunta si el aborto es un servicio o no. Sin embargo, en nuestra opinión, implícitamente el TJUE reconoce el margen de apreciación de los Estados en estas materias, al declarar que el aborto es un servicio en la medida que las leyes internas lo reconozcan. Tampoco hizo un llamado expreso al Estado irlandés para despenalizar el aborto, con el objetivo de que los médicos irlandeses pudieran proveer este “servicio” a quienes lo requieran.

Pareciera que el criterio del TJUE podría haber sufrido una leve variación en el reciente fallo *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*⁶¹. En dicho caso, el Bundesgerichtshof de Alemania solicita la intervención del TJUE para que determine el sentido y alcance del artículo 6, apartado 2 letra c) de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998, relativo a la protección de invenciones tecnológicas.

El artículo 6° de la mencionada Directiva establece en su apartado 1 que no podrán patentarse aquellas “invenciones cuya explotación sea contraria al orden público y la moralidad”, considerándose como tales “la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales” (apartado 2).

El TJUE resolvió que, si bien la Directiva en cuestión no establece qué es lo que se debe entender por “embrión humano”, éste tampoco autoriza a que dicho concepto sea definido por el derecho interno de cada Estado contratante. El TJUE reconoce que el concepto de “embrión humano” ha generado diversas controversias en los Estados miembros de la Unión, las cuales no está llamada a resolver, “sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva” (cons. 30).

“El contexto y finalidad de la Directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de ‘embrión humano’ recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c) de la Directiva debe entenderse en sentido amplio” (cons. 34).

Para efectos de la Directiva debe entenderse por “embrión humano”

“todo óvulo humano, a partir de la fecundación (...) habida cuenta que de la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano” (cons. 35).

⁶¹ TJUE, (2011): caso 34/10.

En definitiva entiende que hay embrión humano desde el momento de la concepción.

Si bien el TJUE autorizó la investigación en embriones para fines terapéuticos y no hace referencia directa a la cuestión del aborto, consideramos que de todas maneras la sentencia Brüstle constituye un avance con respecto a lo resuelto en el fallo SPUC, pues prohibió un “servicio” que tiene relación directa con la afectación de la vida del que está por nacer. Además, hace un juicio de valor sobre la dimensión moral de la actividad económica en cuestión, materia sobre la cual se abstuvo de juzgar en el caso SPUC.

C. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Jurisprudencia relevante

En el sistema latinoamericano de protección de los derechos humanos el caso más importante que ha resuelto la Comisión en lo que se refiere al derecho a la vida del que está por nacer, ha sido el de “Baby Boy”⁶². En relación al artículo 4 N° 1 del Pacto de San José de Costa Rica, resolvió que conforme a la historia de dicha norma, no se puede colegir que la Convención no permita el aborto, pues al hablar de la protección “en general, desde el momento de la concepción”, los Estados podrían regular casos de aborto en su derecho interno. En este sentido, la Comisión –de manera implícita– estaría reconociendo que hay un margen de apreciación en esta materia. Lo anterior se ve ratificado con el voto concurrente del comisionado Andrés Aguilar, quien sostiene que la expresión “en general”

“fue finalmente aprobada como una fórmula compromiso, en que aun si es obvio que protege la vida desde el momento del nacimiento, deja a cada Estado el poder de determinar, en sus leyes domésticas, si la vida comienza y la garantiza desde el momento de la concepción o desde cualquier otro momento en el tiempo previo al nacimiento”⁶³.

En su voto disidente, el comisionado Gerardo Monroy sostiene que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a la vida. El problema es que el artículo 1° no señala cuándo se inicia, por lo tanto, para definir esta cuestión se debe recurrir a la ciencia, la cual indica que la vida comienza con la concepción, puesto que en ese momento queda determinada la carga genética de la persona, distinta a la

⁶² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (1981): caso 2141, Resolución 23/81, caso 2141 (Estados Unidos).

⁶³ La traducción es nuestra.

de su padre y madre. En este mismo sentido se manifiesta la disidencia del comisionado Demetrio Tinoco, quien funda su opinión en las explicaciones que a este respecto ha desarrollado el Dr. Jerome LeJeune⁶⁴.

En el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*⁶⁵ los demandantes reclaman en contra del Estado de Costa Rica, porque la legislación interna no les permite concebir a sus hijos por medio de las técnicas de FIV en cuanto éstas no respeten la vida del que está por nacer desde la concepción. La Corte IDH, en un extenso fallo, sostuvo que existen dos opiniones científicas sobre el término ‘concepción’. La primera agota dicho proceso al instante en que se unen los gametos masculinos y femeninos, lo cual “da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’” (cons. 186) y la segunda teoría señala que dentro del concepto de concepción se debe incluir el de implantación. La Corte IDH, en el mismo considerando declara: “lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas” (cons. 189) y, por lo tanto, esta última debe ser la interpretación que se le debe dar al término ‘concepción’, señalado en el artículo 4 N° 1 del Pacto de San José. En cuanto al sentido y alcance de la expresión

“‘en general’ permite inferir ciertas excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones” (cons. 189)⁶⁶.

El fallo fue aprobado con el voto disidente del juez Vio Grossi, quien funda su opinión señalando:

“los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa”.

Agrega que a la Corte IDH le compete determinar el sentido y alcance del Pacto de San José y no “la función normativa, la que le corresponde a

⁶⁴ De manera similar, se pronunciará la Corte Suprema de Chile (2001): rol 2186-01, cons. 12, 17 y 18 y el TC de Chile (2008): rol 740-07, cons. 50. Ambos procesos se refieren a la denominada “píldora del día después”.

⁶⁵ Véase Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*”, pp. 303-345.

⁶⁶ En este tema la Corte IDH se contradice, pues más adelante declara: “Es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo” (cons. 264). Es difícil determinar qué quiere decir con esto la Corte IDH, pero pensamos que podría pretender afirmar que a mayor desarrollo del embrión, mayor será la protección legal que se le deba dar.

los Estados, únicos habilitados para eventualmente” reformar dicho Pacto. Con respecto a la interpretación del artículo 4° N° 1 señala:

“el término ‘concepción’ empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término”.

Agrega que la mayor parte de la medicina también lo reconoce así. “Con esto no se está sosteniendo que lo que exprese la ciencia médica no deba ser tenido en cuenta, sino que ello lo debe hacer en la medida que el Derecho lo incorpore en su acervo”.

Finalmente, y en relación con el tema del margen de apreciación, es menester hacer presente que el Estado demandado alegó dicho principio, pero el fallo de la Corte IDH no lo acogió. Probablemente la única alusión relevante en este tema fue expresada por los votos concurrentes del juez García –Sayán y la jueza Abreu Blondet, quienes sostuvieron que la Corte IDH

“como es su práctica constante deja en manos de las autoridades locales el conjunto de decisiones sobre la naturaleza y alcance de las medidas necesarias para garantizar, progresivamente, lo pertinente respecto al conjunto de técnicas asociables a diversas modalidades de la FIV entre las cuales las autoridades deberán ejercer una clara y debida regulación”.

2. Sentido y alcance de la expresión del artículo 4° N° 1 de la Convención Interamericana relativo a la expresión “en general, desde la concepción”

Las resoluciones de la Comisión en el caso Baby Boy y de la Corte IDH en Murillo Artavia hacen necesario dilucidar el sentido y alcance de la expresión “en general, desde la concepción”. Zampas y Gher opinan que la resolución del caso Baby Boy no imposibilita que se puedan dictar leyes que liberalicen el aborto⁶⁷. Medina Quiroga señala que el artículo 4 N° 1 del Pacto de San José “no impide la facultad de los Estados de permitir el aborto en las circunstancias que ellos determinen”⁶⁸. En su opinión, para definir el sentido de dicha norma hay que partir de dos premisas: en primer lugar

⁶⁷ Véase Jaime GHER y Christina ZAMPAS, “Abortion as human right-international and regional standards”, p. 267.

⁶⁸ Cecilia MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, p. 73.

“la madre es una persona tanto en el ordenamiento jurídico de los Estados partes de la Convención como frente a la Convención misma y que, por consiguiente, es titular de todos los derechos humanos consagrados en ese tratado. La segunda es que el feto que no ha sido extraído del vientre de la madre, es dependiente de ésta, no es una persona, y por lo tanto, no puede tener derechos por sí mismo, sino que sólo a través de ésta”⁶⁹.

Si se protege la vida “en general, desde el momento de la concepción”, podemos concluir que existen excepciones a la regla general. Pero el problema es determinar cuáles serían aquéllas que se avienen con el principio interpretativo *pro homine* de protección de la vida humana. Paúl Díaz trata extensamente esta cuestión y concluye:

“los redactores de la Convención no quisieron permitir las forma de aborto aceptadas en las legislaciones como la brasileña y estadounidense de aquel entonces. Por ello (...) la frase ‘en general’ permite sólo excepciones al derecho a la vida del *nasciturus*⁷⁰ que sean aceptadas en legislaciones que prohíben el aborto directo. Estos sistemas legales consideran como no sancionables aquellas terminaciones del embarazo que resulten de la aplicación del principio del doble efecto, es decir, los abortos indirectos”⁷¹.

La muerte del embrión sería un efecto no querido, pero previsible. No hay una acción directa que tenga por objeto causar el aborto.

Esta forma de entender el artículo 4 N° 1

“no le faltará el *respeto*⁷² al *nasciturus*⁷³, ya que no permite acciones dirigidas directamente en su contra. Sin embargo, al mismo tiempo admite situaciones en que la protección de la vida del *nasciturus*⁷⁴ no se garantice, ya que el no nacido puede perecer cuando la madre requiera someterse a ciertos tratamientos para salvar su propia vida”⁷⁵.

Por lo tanto, el derecho a la vida del que está por nacer

“se encuentra en igualdad de condiciones con el de su madre, por lo que sólo serían permisibles aquellas excepciones que no involucren un ataque directo a su persona”⁷⁶.

⁶⁹ MEDINA QUIROGA, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁰ Lo destacado es del autor.

⁷¹ Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, p. 99.

⁷² Lo destacado es del autor.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ PAÚL DÍAZ, “Estatus...”, *op. cit.*, p. 102.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 102

Nosotros concordamos con la interpretación propuesta por Paúl Díaz, puesto que ésta pareciera ser la que más se aviene a los principios de interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica favorables a la vida humana sin discriminación. El problema de los argumentos de Zamps, Gher y Medina Quiroga es que el Pacto de San José es un tratado internacional que versa sobre derechos humanos y por lo tanto, no sería razonable que éste reconozca un derecho que posteriormente no será amparado y protegido, como es en este caso, el derecho a la vida del que está por nacer⁷⁷. El mismo encabezado del artículo 4 N°1 hace referencia al derecho “de toda persona”. Además y tal como sostiene Benavides Casals, el hecho de encontrarnos con leyes que regulan el aborto demuestra que “existe por tanto un derecho del no nacido”⁷⁸.

VII. La soberanía y el margen de apreciación

El concepto de soberanía es amplio y ha sufrido cambios a través del tiempo. Pereira Menaut señala que ésta se caracterizaría por

“ser un poder absoluto, no estar atada a nada, no reconocer superior, carácter originario, monismo, exclusividad (la soberanía es excluyente: dos soberanías son incompatibles), centralidad (centro del que fluye todo poder y toda función pública), perpetuidad, ilimitación de materia, inapelabilidad e irresistibilidad”⁷⁹.

Sin embargo, el mismo autor es crítico de este concepto de soberanía y sostiene que ningún Estado ha sido soberano, por lo menos, no en los términos señalados anteriormente⁸⁰. Martínez Estay sostiene que la regulación de los derechos humanos a nivel internacional y la aparición de organismos supranacionales han contribuido a esta cuestión⁸¹.

En relación con el tema del margen de apreciación, podría plantearse que dicha doctrina implica un respeto por la soberanía del Estado. García Roca señala que “la idea de la soberanía ‘nacional’ (en el sentido de ‘es-

⁷⁷ En esta misma contradicción incurre la Corte IDH en el caso Murillo Artavia, señalando que “La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana” (cons. 264).

⁷⁸ BENAVIDES CASALS, *op. cit.*, p. 308.

⁷⁹ Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Política y derecho*, p. 235.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 235.

⁸¹ Véase MARTÍNEZ ESTAY, *op. cit.*, pp. 354-355.

tatal') en todo caso subyace bajo el denominado 'margen de apreciación nacional'"⁸².

En el caso de la Unión Europea la integración supone la transferencia de soberanía. González Pascual señala que los países que la integran "han cedido derechos soberanos que la UE posee de manera autónoma"⁸³. Núñez Poblete concuerda con esta afirmación y agrega que esto

"no sólo se manifiesta en el consentimiento necesario para que el órgano supranacional dicte ciertas reglas que afecten al Estado o a sus gobernados, sino también en la abdicación del derecho a controlar *toda*⁸⁴ norma que se aplique en el ámbito interno"⁸⁵.

Sin embargo, y en definitiva, subsiste la pregunta de si los Estados contratantes de un tratado internacional deben aplicar de forma automática las resoluciones adoptadas por organismos jurisdiccionales internacionales. Pareciera ser que el TC alemán, conforme a lo establecido en el caso Brunner, ya habría resuelto esta cuestión. Además, la misma Magistratura sostuvo en 2009, con respecto al tratado de Lisboa⁸⁶, que la Constitución alemana autoriza abrir la soberanía estatal a la "cooperación pacífica de las naciones y hacia la integración Europea" (cons. 220)⁸⁷. Es un "compromiso que asegura la paz y fortalece las posibilidades de dar forma a políticas por medio de acción conjunta" (cons. 220)⁸⁸. Pero el mismo Tribunal señala que la aprobación de dicho tratado no significa que las disposiciones constitucionales germanas quedarán sin efecto y menos que a esta Magistratura ya no le sea posible velar por "la identidad constitucional y la protección alemana de los derechos fundamentales"⁸⁹(cons. 331). De lo anterior se deduce que no se podría entender que la doctrina del TC alemán acoja el concepto clásico de soberanía, pero, por otra parte, no está dispuesto a aceptar que la normas internacionales estén –de manera automática– por sobre la Carta Fundamental germana.

⁸² GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 118.

⁸³ Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, p. 125.

⁸⁴ Lo destacado es del autor.

⁸⁵ Manuel NÚÑEZ POBLETE, *Integración y Constitución. Desafíos para la justicia constitucional europea y sudamericana*, pp. 84-85.

⁸⁶ Tribunal Constitucional alemán (2009): caso 2BvE 2/08, 30. La traducción es nuestra.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

Por su parte el TJUE ha defendido la superioridad de las normas internacionales, por sobre las internas. Así, en el caso *Van Gend and Loos*⁹⁰, determinó que son destinatarios de las normas comunitarias tanto los Estados como las personas de dichos países. En *Costa v. Enel*⁹¹ señala que el espíritu de la entonces CEE hace que no sea posible que cada Estado determine cómo aplica el Tratado de Roma. En *Simmenthal*, resolvió que el juez del país contratante se encuentra en la obligación de aplicar la ley de la CEE y si entra en conflicto con una norma interna, el juez tiene que dejar de aplicar esta última sin que sea necesario esperar la opinión al respecto de los órganos legales o constitucionales⁹².

El respeto por la soberanía interna del Estado ha sido ambivalente en los fallos del TEDH, habiendo diferencias entre lo resuelto en los casos de *Irlanda v. Reino Unido* o en *Lautsi v. Italia* y los fallos *Open Door* y *R.R.* En el tercer caso el TEDH determinó que los medios utilizados por la legislación irlandesa destinados a proteger la vida del que está por nacer eran ineficaces para conseguir dicho fin⁹³ y en cuanto a *R.R.* presumió que la forma en que Polonia regula el aborto produce miedo en los doctores polacos para realizarlos, y por lo tanto, deberían modificar sus leyes para que los médicos no se sientan atemorizados si los llevan a cabo.

Finalmente con respecto a los sistemas americanos, Núñez Poblete reconoce que estos han sido reacios en incluir disposiciones constitucionales que autoricen a los Estados a celebrar acuerdos que permitan transferir soberanía, tal como ha sucedido en el caso europeo⁹⁴. El mismo autor hace presente también que en general, cuando se produce un conflicto entre la aplicación de un tratado internacional y la Carta Fundamental, se prefiere aplicar las normas constitucionales⁹⁵. A este respecto, concordamos con el autor y pensamos que la realidad jurídica chilena, especialmente en lo relativo a la jurisprudencia del TC, ha sido un fiel reflejo de esta situación.

En el fallo sobre el Tratado de Roma que creó la Corte Penal internacional⁹⁶, el TC estableció que los tratados internacionales se encontraban afectados al control de constitucionalidad, ya sea a través de un procedimiento a priori llevado a cabo por el TC o a posteriori, por medio del reque-

⁹⁰ TJUE, (1963): caso 26/62.

⁹¹ *Op. cit.*, (1964): caso 6/64.

⁹² *Op. cit.*, (1978): caso 106/77, 9 de marzo de 1978.

⁹³ En su disidencia, los jueces Pettiti, Russ, Russo, López Rocha y Bigi señalan que el tema del aborto pertenece al ámbito de las leyes criminales y por lo tanto, conforme a los principios de soberanía y margen de apreciación, el Estado irlandés no habría vulnerado el artículo 10° de la Convención.

⁹⁴ NÚÑEZ POBLETE, *Integración...*, *op. cit.*, pp. 94-95.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 108.

⁹⁶ TC de Chile, (2002): rol 346-02.

rimiento de inaplicabilidad⁹⁷. Agrega que si los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos estuvieran por encima de la Carta Fundamental, se podría llegar al absurdo de aceptar que ésta podría ser reformada con un quórum menor a los establecidos por el constituyente en el capítulo XIV⁹⁸ de dicho texto legal. En definitiva, el TC señala en la parte resolutive de la sentencia:

“el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de una reforma constitucional previa”.

En el año 2005, la ley de reforma constitucional N° 20.050 otorgó al TC la facultad de conocer de los requerimientos de inaplicabilidad y crea la acción de inconstitucionalidad, para el caso que un precepto haya sido declarado previamente inaplicable. Producto de dicha reforma, fue menester que se procediera modificar la ley N° 17.977, Orgánica Constitucional del TC, la cual incorporaría los nuevos procedimientos establecidos en la Carta Fundamental.

La reforma antes mencionada fue aprobada por el Congreso y remitida al TC para que este llevara a cabo un control preventivo sobre el proyecto de ley⁹⁹, el cual en su artículo 47 letra G N° 4 establecía que los tratados internacionales no podían ser objeto de requerimiento de inaplicabilidad¹⁰⁰. El TC declaró que dicho precepto era contrario a la Carta Fundamental, por considerar que si bien los tratados internacionales

“no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (...) ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental” (cons. 43).

El TC y la Corte Suprema han entendido el concepto de precepto legal

“en sentido amplio, incluyendo, por cierto, las disposiciones de un tratado internacional (...). El reconocer que un tratado internacional no es lo

⁹⁷ Cuando se dictó este fallo, la facultad de resolver los recursos de inaplicabilidad estaba radicada en la Corte Suprema.

⁹⁸ Actualmente capítulo XV de la Carta Fundamental.

⁹⁹ Dicho control culmina con la sentencia del TC de Chile, (2009): rol 1288-08.

¹⁰⁰ En la causa del TC de Chile, (2011): rol 1307-09, el TC debió pronunciarse por primera vez sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un tratado internacional. En este caso se impugnaban los artículos 22 N° 2 y 25 de la Convención de Varsovia. El requerimiento fue rechazado.

mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de ‘precepto legal’” (cons. 47).

El fallo hace referencia a la reforma constitucional de 2009, que permitió al Estado chileno aprobar el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, la cual

“era la única vía para que Chile pudiera ratificar dicho tratado internacional, pues, conforme dictaminó esta Magistratura en la sentencia rol N° 346 (...), los tratados internacionales no tienen rango constitucional. Pues bien, si se requirió reformar la Constitución (...) es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello” (cons. 49).

VIII. Conclusiones

1. Los procesos de globalización e integración internacional no permiten que hoy en día solo se conciba un ordenamiento a nivel nacional, desechando de plano la existencia de uno internacional.
2. El margen de apreciación nacional es necesario, dada la diversidad cultural, social, política y económica de los países que adhieren a los documentos internacionales sobre derechos humanos, ya sea universal, y sobre todo, a nivel regional.
3. Los ámbitos que quedan dentro del ámbito del margen de apreciación nacional podrían estar regulados en los documentos internacionales suscritos por los Estados en materia de derechos humanos, y en el caso particular de Chile, aprobados, ratificados y que se encuentre vigentes. Esto evitaría algunos de los problemas analizados en esta investigación, sobre todo el activismo judicial.
4. Los organismos llamados a controlar la aplicación de dichos tratados no podrían hacerlo de manera tal que entren a resolver cuestiones a las cuales los Estados no se han referido en el tratado internacional, sobre todo por falta de consenso, ni tampoco traicionando su espíritu. En cuanto a los conceptos de interpretación evolutiva, se debe tener presente que éstos se deberían aplicar de manera restrictiva y bajo el supuesto de que el enunciado del derecho incorporado en el tratado es ambiguo. Deben, por lo tanto, abstenerse de resolver en contra de norma expresa.

5. Hay ciertos derechos que son universales y que no admitirían margen de apreciación. Uno de ellos es el derecho a la vida protegida desde la concepción. Nos parece pertinente señalar que tanto la Convención Americana de 1969 y la Convención Europea de 1950, ambas sobre derechos humanos, reconocen a toda persona el derecho a la vida. Los avances tecnológicos de la medicina actual, especialmente en el campo de la bioética, nos permiten confirmar que la vida comienza con la concepción y desde ese momento debe ser protegida. Por lo tanto, en caso que los tribunales internacionales tuvieren dudas de cómo interpretar los preceptos que aseguren el derecho a la vida, podrían recurrir al criterio evolutivo de interpretación de los tratados, conforme a los avances científicos antes indicados.
6. Si bien no ha estado exenta de críticas la facultad que tiene el TC chileno de declarar inaplicable un tratado internacional, la fórmula contemplada por la Constitución chilena a este respecto nos parece que es la correcta. De lo contrario, en el caso de que una simple mayoría legislativa apruebe tratados internacionales inconstitucionales y si ninguno de los organismos legitimados por la Constitución requiere un control preventivo ante el TC –de no existir el requerimiento de inaplicabilidad respecto de tratados– las personas a quienes en una gestión judicial se les pretenda aplicar los preceptos de dicho tratado no podrían reclamar por esta situación.

IX. Bibliografía

- BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Lux et Praxis*, vol. 15, N°1, Talca, 2009.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R., “Los límites a la doctrina del margen de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de minorías étnicas y culturales”, en *Revista de Derecho del Estado*, N° 26, Madrid, enero-junio 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- DE MIGUEL BÀRCENA Josu, “Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, Rosario, 2008.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tratado Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA (coord.), *La Europa de*

- los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- GHER, Jaime y Christina ZAMPAS, “Abortion as a human right-international and regional standards”, in *Human Rights Law Review*, vol. 8, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, España, Civitas, 2010.
- JACOBS, Francis G. & Robin C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996.
- LANIER, E.R, “Solange Farewell: The German Constitutional Court and the recognition of the Court of Justice of the European Communities as lawful judge”, in *Boston College International and Comparative Law*, vol. 11, issue 1, Boston, 1995.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., y Araceli MANGAS MARTÍN, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., España, Tecnos, 2010.
- MAKOWSKI, Kevin D., “Solange III. The German Federal Constitutional Court’s decision on accession to the Maastricht Treaty on European Union”, in *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, vol. 16, Issue 1, Pennsylvania, 1995.
- MARTINEZ ESTAY, José Ignacio, “Constitución y fuentes del derecho”, en Jaime ARANCIBIA MATTAR y José Ignacio MARTINEZ ESTAY (coord.), *La primacía de la persona humana, Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Integración y constitución. Desafíos para la justicia constitucional europea y sudamericana*, Valparaíso, EDEVAL, 2000.
- NÚÑEZ POBLETE, 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*, año 14, N° 2, Talca, 2008.
- NÚÑEZ POBLETE, 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*, N° XXXII, Valparaíso, primer semestre, 2009.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, año 1, N° 2, Santiago, 2013.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en *Ius et Praxis*, año 18, N° 1, Talca, 2012.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Política y derecho*, Santiago, Legal Publishing, 2010.

- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2003.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘A, B y C vs Irlanda’ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho del Estado*, N° 27, Madrid, julio-diciembre de 2011.
- RIPOL CARULLA, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Barcelona, Atalier, 2007.
- SAGÜES, Néstor P, “Las relaciones entre los tribunales internacionales”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, Talca, 2003.
- SHANY, Yuval, “Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?”, in *The European Journal of International Law*, vol. 16, N° 5, 2006.
- STITH, Richard, “Securing the rule of law through interpretative pluralism: an argument from comparative law”, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 35, N° 3, 2008.
- TÜMAY, Murat, “The ‘margin of appreciation doctrine’ developed by the case law of the European Court of Human Rights”, in *Ankara Law Review*, vol. 5, N° 2, Ankara, invierno 2008.
- VASEL, Johann Justus, “El ‘margin of appreciation’ como elemento clave en el derecho constitucional europeo”, en *ReDCE*, año 6, N° 11, Madrid, enero-junio 2009.
- WEILER, Joseph H.H., *The Constitution of Europe. Do the new cloths have an emperor? and other essays on european integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- WEILER, Joseph H.H., “Epilogue: The judicial après nice”, in Gráinne DE BÚRCA & Joseph H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Academy of European Law, European University Institute, United Kingdom Oxford University Press, 2001.
- WEILER, Joseph H.H., “Fundamental rights and fundamental boundaries: in the conflicts of standars and values in the protection of human rights in the european legal space”, in Gráinne DE BÚRCA & Joseph H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Academy of European Law, European University Institute, United Kingdom Oxford University Press, 2001.
- WEILER, Joseph H.H., “The least dangerous branch: A retrospective and prospective of the European Court of Justice in the arena of political integration”, in Joseph H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. Do the new cloths have an emperor? and other essays on european integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

TRATADOS INTERNACIONALES

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.
- Convenio Europea de los Derechos Humanos, 1950.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2005): informe 43/05, caso 12.219, 10 de marzo de 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (1981): resolución N° 23/81, caso 2141, 6 de marzo de 198.
- Corte IDH, (2004): caso 12.367, 2 de julio de 2004.
- Corte IDH, (2012): caso 12.502, 24 de febrero de 2012.
- Corte IDH, (2012): caso 12.361, 28 de noviembre de 2012.
- TEDH, (1968): casos 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/ 63; 2126/64, 23 de julio de 1968.
- TEDH, (1975): caso 4451/70, 21 de febrero de 1975.
- TEDH, (1978): caso 5310/71, 18 de enero de 1978.
- TEDH, (1992): caso 64/91, 23 de septiembre de 1992.
- TEDH, (2004): caso 59320/00, 24 de junio de 2004.
- TEDH, (2004): caso 53924/00, 8 de julio de 2004.
- TEDH, (2007): caso 5410/03, 20 de marzo de 2007.
- TEDH, (2010): caso 30141/04, 24 de junio de 2010.
- TEDH, (2010): caso 25579/05, 16 de diciembre de 2010.
- TEDH, (2011): caso 30814/06, 18 de marzo de 2011.
- TEDH, (2011): caso 27617/04, 26 de mayo de 2011.
- TJUE, (1963): caso 26/62, 5 de febrero de 1963.
- TJUE, (1964): caso 6/64, 15 de julio de 1964.
- TJUE, (1970): caso 11/70, 17 de diciembre de 1970.
- TJUE, (1974): caso 4/73, 14 de mayo de 1974.
- TJUE, (1978): caso 106/77, 9 de marzo de 1978.
- TJUE, (1991): caso 159/90, 4 de octubre de 1991.
- TJUE, (2011): caso 34/10, 18 de octubre de 2011.
- Tribunal Constitucional Alemán (1974): rol 37 BVerfGE 271, 29 de mayo de 1974, en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html
- Tribunal Constitucional Alemán (1986): rol 73 BVerfGE 339, 22 de octubre de 1986, en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html, consultada el 3 de abril de 2013.
- Tribunal Constitucional Alemán (1993): rol 2 BVR 2134/92, 12 de octubre de 1993, en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html, consultada el 3 de abril de 2013.
- Tribunal Constitucional Alemán (2009): rol 2 BvE 2/08, 30 de junio de 2009, en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html, consultada el 3 de abril de 2013.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CS (2001): rol 2186/01, 31 de agosto de 2001.

TC (2002): rol 346/02, 8 de abril de 2002.

TC (2008): rol 740/07, 18 de abril de 2008.

TC (2008): rol 1288/08, 25 de agosto del 2009.

TC (2011): rol 1307/09, 20 de enero de 2011.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional, 26 de agosto de 2005.