



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

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

Ius et Praxis, vol. 14, núm. 2, 2008

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19714209>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL
Y A SU FUNCIÓN FREnte AL DERECHO SUPRANACIONAL E
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA***
**INTRODUCTION TO THE CONCEPT OF CONSTITUTIONAL IDENTITY AND
ITS ROLE BEFORE SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL LAW OF
HUMAN RIGHTS**

Manuel Núñez Poblete**

RESUMEN

El artículo pretende desarrollar el concepto y función de la identidad constitucional. Para ello, se explican las características fundamentales y la eficacia del concepto en el plano del ejercicio del poder constituyente originario, la hermenéutica constitucional, la reforma constitucional y, especialmente, las relaciones entre el Derecho constitucional interno y las fuentes no nacionales de los derechos humanos.

ABSTRACT

The article pretends to explain the concept and function of constitutional identity. The task is fulfilled describing the key features and the role of constitutional identity in the Constitution-making, interpretation and reform, and the relationship between national constitution and non national human rights Law.

PALABRAS CLAVES:

Identidad constitucional, Derecho constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, derecho supranacional, integración

KEY WORDS:

Constitutional Identity, Constitutional Law, International Human Rights Law, Supranational Law, Integration

I. INTRODUCCIÓN

La presión de los ordenamientos internacionales frente al Derecho nacional y la progresiva influencia de las fuentes comparadas en la argumentación judicial y en la producción legislativa son dos fenómenos que caracterizan al constitucionalismo contemporáneo. El contenido de las constituciones modernas converge progresivamente hacia un denominador común cuya existencia ha llevado a algunos autores a referirse a la existencia de un supuesto Derecho constitucional común en occidente o incluso al surgimiento problemático de un

* Trabajo recibido el 1 de octubre de 2008; aprobada su publicación el 29 de noviembre de 2008. El presente trabajo forma parte del Proyecto de investigación núm. 11060399, patrocinado por Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (Fondecyt).

** Profesor de Derecho constitucional, Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: manunez@ucn.cl.

orden constitucional global¹ o cosmopolita de matriz kantiana². La sujeción de los poderes públicos al imperio del Derecho (o *Rule of Law*), la democracia, el respeto hacia los derechos de la persona y especialmente hacia los derechos de las minorías configuran los pilares más gruesos de esa convergencia. Esta aproximación entre los ordenamientos constitucionales reposa en varios factores, entre los que destaca la función unificadora del Derecho internacional y del Derecho comparado. El primero de estos ordenamientos, el internacional, ejerce su influencia a través de varios motores, entre los que destacan la jurisprudencia contenciosa y no contenciosa de los tribunales internacionales, la doctrina de los órganos de supervisión de los tratados (Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos del Niño, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Comité para la eliminación de la discriminación racial, Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes y Comité contra la tortura, principalmente) y la propia jurisprudencia nacional. Esta última, con mayor o menor intensidad y prolijidad, recibe, interpreta y aplica las normas, los principios y la doctrina internacional. Por lo que se refiere al Derecho comparado, la infiltración se favorece con el tráfico intelectual de la doctrina jurídica o con el ejercicio comparatista que suele acompañar al proceso legislativo y al de fundamentación de las sentencias.

Como ha sucedido casi siempre a lo largo de la historia, el Derecho progresiona a través de un proceso constante que responde a impulsos de creación original, de imitación o se simple reacción frente a la presión de las fuentes exógenas. El Derecho público nacional no escapa a esta afirmación. Así lo demuestra el análisis de nuestra doctrina y jurisprudencia, ambas cada día más sensibles y receptivas hacia el Derecho no nacional, término que permite englobar las fuentes internacionales, particularmente las de derechos humanos, las fuentes comparativas y -en el caso chileno en una medida todavía inexistente- las fuentes supra nacionales. En efecto, la lectura de la reciente jurisprudencia judicial³, especialmente de la constitucional⁴, e incluso de cierta jurisprudencia no jurisdiccional, permite advertir como

¹ Fischer-Lescano, Andreas. 2003. “Die Emergenz der Globalverfassung”, *Zeitschrift für Auslandisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 63/3, pp. 717-760.

² Vid. entre otros Habermas, Jürgen, **El Occidente escindido**, trad. J. López. Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 113 y ss; de Julios-Campuzano, Alfonso. 2002. “Globalización y constitucionalismo: Una lectura en clave cosmopolita”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36, pp. 151 y ss; y recientemente CAMERLENGO, Quirino, **Contributo ad una teoria del Diritto costituzionale cosmopolitico**, Giuffrè, Milano, 2007.

³ Véanse especialmente, la jurisprudencia desarrollada a partir del conflicto entre el DL. núm. 2.191 de 1978 y el Derecho internacional. De valor paradigmático son la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 17 de noviembre de 2004, rol 2.182 1998, dictada en la causa por secuestro calificado de Miguel A. Sandoval Rodríguez, y los párrafos 11°-13° del voto del Ministro Muñoz contenido en la sentencia de la Corte Suprema de 3 de octubre de 2006, rol núm. 2.707 2006, por la que se confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 17 de mayo de 2006, dictado en la causa seguida contra A. Pinochet Ugarte (Tauby Pacheco y otros con Pinochet Ugarte). La evolución de la jurisprudencia nacional sobre la incidencia del Derecho internacional en la resolución de los conflictos causados por la aplicación del DL. núm 2.191 de 1978, sobre amnistía, a las causas por secuestro y homicidio, puede consultarse en Matus, Jean Pierre. 2006. “Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial del Derecho ley 2.191 de amnistía, de fecha 19 de abril de 1978”, *Ius et Praxis* 12/1, pp. 275-296.

⁴ Véanse mis trabajos 2006, “La influencia del Derecho y de la literatura jurídica europea en la formación de la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno”, *Roma e America* 21, pp. 75-88 y “Sobre presentes griegos e injertos extranjerizantes: uso y límites del Derecho no nacional en la jurisprudencia constitucional: el recurso al Derecho comparado”, en AA.VV. **Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss**,

una tendencia consolidada la notoria apertura de nuestros operadores jurisdiccionales y administrativos hacia dichas fuentes no nacionales de argumentación.

La influencia de las referidas fuentes de Derecho no nacional en los ordenamientos constitucionales plantea varios problemas a la teoría constitucional. La formación de un nuevo Derecho cosmopolita, la transformación de las premisas tradicionales del Estado constitucional y de la comunidad internacional son algunos de ellos. Entre todas ellas, este ensayo pretende analizar el concepto que permite fundamentar, desde la dogmática constitucional, el carácter limitado que poseen esas fuentes y, particularmente, las relativas al llamado Derecho internacional de los derechos humanos. La presente investigación no versa sobre las causas ni efectos ni características de la creciente convergencia de los ordenamientos constitucionales en occidente. Por el contrario, ella pretende desarrollar un discurso constitucional coherente sobre el carácter limitado del Derecho internacional de los derechos humanos y su proyección en el ámbito del ejercicio de la jurisdicción (particularmente la constitucional). En este sentido, esta investigación sólo persigue demostrar la existencia de un concepto que, en la teoría constitucional y comparatista, fundamenta la legítima aspiración por la pervivencia de la individualidad de los ordenamientos constitucionales nacionales: la *identidad constitucional*. La reflexión sobre este último concepto permitirá comprender la globalización y la internacionalización del constitucionalismo nacional como fenómenos jurídicamente limitados. Esto quiere decir que la globalización y la internacionalización, especialmente en el área de los derechos humanos y del comercio internacional, pueden encontrar un contrapeso jurídico y legítimo en la identidad constitucional de los Estados. Este contrapeso, como se verá más adelante, es constitucional en dos sentidos. En primer lugar, es constitucional porque remite al operador a la esencia misma del ordenamiento estatal: las normas fundamentales del Estado. En segundo lugar, es también constitucional por cuanto admite ser utilizado instrumentalmente para limitar el poder o los poderes que, con mayor o menor precisión, es posible identificar detrás de los fenómenos de la globalización e internacionalización del Derecho. 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 constitucional.

Sin perjuicio de la utilidad del concepto en el ámbito gubernativo, administrativo y legislativo, cabe aclarar que el análisis que aquí se presenta se desarrolla a partir de un enfoque fundamentalmente centrado en el ejercicio de la jurisdicción. El objetivo es, pues, profundizar la explicación de su función constitucional como criterio orientador de la jurisprudencia nacional e internacional. Para ello, el texto procura primeramente deslindar el concepto (II) y presentar su funcionalidad en el plano de la construcción, de la hermenéutica y de la reforma constitucional (III). Seguidamente, desarrolla la función de la identidad constitucional frente al discurso no nacional de los derechos humanos, bien como fundamentación de algunas formas provisionales de control nacional de norma de carácter internacional o de la denominada doctrina del margen de apreciación (IV). Por último, cabe aclarar que el término *no nacional* se utiliza aquí para identificar el *corpus* de derechos fundamentales que resulta de los ordenamientos internacionales (propriamente de derechos humanos y

también los relativos a la liberalización del comercio internacional) y, en su caso, supranacionales.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO DE COMPARACIÓN Y DE DIFERENCIACIÓN

La constatación de la existencia de ciertos rasgos propios, que diferencian a un ordenamiento de otro, y de ciertos rasgos comunes, que facilitan la agrupación de aquellos en familias afines, forma parte de la metodología más básica de la comparación jurídica, sea la general⁵ o la específicamente constitucional⁶. Por lo que concierne a lo primero, la comparación persigue separar los rasgos fungibles e identificar los elementos “determinantes” (en la terminología de Constantinesco)⁷, de un orden jurídico determinado. Estos elementos determinantes “atribuyen a todo orden jurídico su individualidad específica”⁸ y, consecuencialmente, su identidad.

En términos comparativos, la identidad es un *concepto relacional*, es decir, supone la existencia de otro sujeto con el cual es posible realizar el proceso de comparación. En otras palabras, la identidad jurídica es un atributo que sólo se tiene en relación a un tercer ordenamiento y, en la medida en que se posee, permite distinguir un ordenamiento de otro. Hay que subrayar que esta afirmación se plantea desde las características materiales de cada ordenamiento y no desde su presentación formal. Desde esta última perspectiva, todos los ordenamientos estatales, en la medida en que participan de la personalidad estatal -o, como diría Kelsen, se confunden con ella⁹- son únicos e irrepetibles. En definitiva, todo ordenamiento constitucional expresa la identidad formal de su titular político, pero no por esa circunstancia se convierte en un ordenamiento con identidad material en términos comparativos.

Junto con recordar el carácter relacional de la identidad, es necesario precisar tres características adicionales del concepto. Se trata del carácter contingente, variable y, por último, potencialmente “confrontacional” de la identidad constitucional.

La identidad es *contingente* en el sentido que puede darse o no darse con relación al resto de los ordenamientos. Al igual que acontece con las personas, la identidad es un fenómeno que admite notables rangos de variación o de espesor. Así, hay comunidades políticas extraordinariamente celosas de su identidad, como acontece con Francia, el Reino Unido o los Estados Unidos, por poner tres claros ejemplos. En el primero de estos tres países, la laicidad fue un elemento capital para exigir la eliminación de cualquier referencia a Dios en los instrumentos modificativos de los tratados de la Unión y Comunidad europeas. En el Reino

⁵ *Vid.*, por ejemplo, Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, **Introduzione al Diritto comparato**, trad. B. Pozzo. Giuffrè, Milano, 1992, p. 37.

⁶ *Vid.*, entre otros, Biscaretti di Ruffia, Paolo, **Introducción al Derecho constitucional comparado**, trad. H. Fix-Zamudio. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 79.

⁷ Constantinesco, Léontin-Jean, **Tratado de Derecho comparado**, trad. E. Freitas Tecnos, Madrid, 1981, tomo I, pp. 318 y ss.

⁸ *Ibid.*, p. 319.

⁹ Kelsen, Hans, **Teoría pura del Derecho**, trad. R. Vernengo. Porrúa, México D.F., octava ed., 1995, pp. 291 y ss.

Unido la defensa del sistema imperial de pesos y medidas, frente al sistema métrico que imponía la Unión Europea, llegó a los mismos tribunales de justicia (en el caso conocido como “Los mártires del sistema métrico”), sin contar con la proverbial singularidad, en las formas y en el fondo, de la llamada Constitución británica. En Estados Unidos, por otra parte, la originalidad de la Constitución de 1787 es tan relevante que la sola cita del Derecho extranjero, incluyendo ciertamente el internacional, ha generado polémica al interior de la propia Corte Suprema de Justicia¹⁰.

Aquellas comunidades celosas de su identidad pueden confrontarse con ciertas áreas geográficas -por ejemplo, la Europa oriental post soviética y, en cierta medida, América Latina- que presentan una notable tendencia hacia la asimilación en el plano de los derechos constitucionales. En ambos casos, es posible advertir las secuelas de un pasado autoritario o totalitario, del cual los Estados han intentado alejarse asimilándose a aquellas comunidades políticas con regímenes democráticos y constitucionales consolidados. En el caso de los países de la antigua cortina de hierro, ese proceso de asimilación se ha visto formidablemente impulsado por dos fenómenos: primero, el trabajo de la Comisión Europea para la democracia por medio del Derecho (*European Commission for Democracy through Law*, conocida como la Comisión de Venecia e instaurada en 1990 por acuerdo parcial al interior del Consejo de Europa) y después, el proceso de ampliación de la Unión Europea, para cuyos estándares (conocidos como “los criterios de Copenhague”)¹¹. A pesar de que América Latina no es posible encontrar instancias tan poderosas ni organizadas como las europeas, los procesos de transición democrática han conducido, ciertamente de modo heterogéneo, a un lento proceso de internacionalización y asimilación de los ordenamientos constitucionales. En este último proceso ha jugado un papel importante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tribunales constitucionales nacionales, la justicia ordinaria nacional (especialmente en las áreas de la llamada segunda fase de la “justicia transicional”)¹² y los parlamentos nacionales.

La identidad de un ordenamiento determinado es también *variable*, en el sentido que se presenta en distintos grados, según sea el área observada. Así por ejemplo, un ordenamiento constitucional puede ser extraordinariamente original en el área de la distribución territorial del poder y muy poco diverso en el plano de los derechos fundamentales, o muy original en la disciplina de un derecho fundamental y muy común en la reglamentación de otro. Si tomamos, por ejemplo, el modelo de distribución territorial del poder de las constitucionales

¹⁰ Scalia, Antonin y Breyer, Stephen. 2005. “A conversation between U.S. Supreme Courts justices. The relevance of foreign materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer”, *International Journal of Constitutional Law* 3/4, pp. 519-541. Sobre la particular práctica norteamericana véanse Tushnet, Mark, “The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism”, en Goldsworthy, J. (Ed.), **Interpreting Constitutions**, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 45 y ss. En el plano específico del Derecho internacional, el denominado “excepcionalismo americano” puede ser también como una forma de defensa de la identidad constitucional, *vid.* Moravcsik, Andrew, “The paradox of U.S. Human Rights Policy”, en Ignatieff, M. (Ed.), **American Exceptionalism and Human Rights**, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2005, pp. 147 y ss.

¹¹ Véanse los trabajos editados por Sadurski, Wojciech, **Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders**, coeditada con A. Czarnota y M. Krygier, Springer, Dordrecht, 2006, y **Rethinking the Rule of Law after Communism**, coeditada con A. Czarnota y M. Krygier, CEU Press, Budapest-New York 2005.

¹² Vid. Teitel, Ruti. 2003. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal* 16, pp. 75 y ss.

latinoamericanas nos encontraremos con visibles diferencias entre Estados unitarios y federales, al tiempo que con notorias similitudes en el plano de los derechos constitucionales.

Se decía, además, que la identidad constitucional es posee un carácter potencialmente “*confrontacional*” de la identidad constitucional. Este último adjetivo -cuyo entrecamillado se explica por no aparecer en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua- alude a la natural vocación de enfrentamiento que poseen, frente a los ordenamientos externos (sea la ley extranjera, el Derecho internacional o el supranacional) aquellos elementos de la constitución nacional que configuran su identidad material. En efecto, uno de los elementos que identifica a una comunidad (digamos, estatal) es su Constitución. Pero como existen muchos elementos fungibles dentro de este último ordenamiento, sólo 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. Si no hay confrontación o resistencia, hay asimilación o, por lo menos, aquiescencia y, por lo tanto, renuncia a la propia identidad. El enfrentamiento o colisión de visiones es, entonces, consustancial a la idea de identidad. En este sentido, puede decirse que la identidad suele hacerse evidente cuando una comunidad colisiona o puede plausiblemente confrontarse¹³ con otra individualidad política, también dotada de su propia identidad constitucional¹⁴. Los contornos político-constitucionales de este enfrentamiento han quedado muy bien descritos en la literatura europea, que explicó el enfrentamiento entre la lógica economicista originaria del Derecho comunitario y las tradiciones constitucionales particulares de algunos estados miembros¹⁵.

Finalmente, teniendo en cuenta las características hasta aquí señaladas –*sentido relacional, contingencia, variabilidad y carácter potencialmente confrontacional*- es posible aproximarse al concepto de identidad constitucional y esbozarla como un conjunto de rasgos que singulariza, en el plano jurídico-político, las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los estados y organizaciones internacionales o supranacionales. Si se admite que las constituciones no son necesariamente (aunque puedan llegar a serlo) instrumentos intercambiables que la tecnocracia ofrece para ordenar el ejercicio del poder¹⁶, es concebible que las comunidades viertan en ellas algunas decisiones o concepciones que resultan de una historia y cultura propias que son, casi por definición, únicas e irrepetibles. Esta visión fundamental -que se concretiza en ciertas concepciones fundamentales acerca de la persona, la familia, la sociedad y el Estado- se combina con otros elementos dando lugar a lo que se denomina como cultura jurídica de una comunidad. Entre aquellos elementos adicionales destacan, siguiendo a VAN HOECKE y WARRINGTON, el concepto de

¹³ Sadurski, Wojciech. 2006. “European Constitutional Identity”, *Legal Studies Research Paper* (Sidney Law School) 6/37, p. 8.

¹⁴ En este sentido, véase también Rosenfeld, Michel. 1994-995. “The Identity of the Constitutional Subject”, *Cardozo Law Review* 16, pp. 1051-1053.

¹⁵ Véanse, ilustrativamente, Phelan, Diarmuid Rossa, **Revolt or Revolution. The constitutional boundaries of the European Community**, Round Hall Press- Sweet & Maxwell, Dublin, 1997, pp. 417 y ss; y de Búrca, Gráinne. 1993. “Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 13, pp. 283-319.

¹⁶ Mc Hugh, James, **Ex uno plura. State constitutions and their political cultures**. State University of New York Press, Albany, 2003, p. 2.

Derecho, la teoría y la práctica acerca de las fuentes jurídicas válidas, la metodología de creación y aplicación del Derecho¹⁷.

Cuando existe, la identidad constitucional expresa una suerte de *meta-constitución*, entendida como un conjunto de normas o principios pre-constitucionales que definen el significado de otras normas constitucionales (eventualmente coincidentes, a nivel textual, con normas de otras comunidades políticas)¹⁸. Esta meta-constitución determina el contenido semántico de los instrumentos formales de limitación del poder, disponiendo de una manera, y no de otra, el proceso de definición del significado de las normas jurídicas. Este substrato identificador, que existe más allá de la coincidencia textual, hace posible que, a partir de dos meta-constituciones similares, dos normas distintas signifiquen prácticamente lo mismo. Del mismo modo, a partir de meta-constituciones diversas, dos normas que textualmente señalan lo mismo pueden significar cosas distintas. En este último sentido, la identidad constitucional recuerda aquello que Montesquieu identificó en *El espíritu de las leyes* con el “espíritu general nacional” (*l'esprit général d'une nation*), el cual resulta de “los ejemplos de las cosas pasadas”, de las “costumbres y los hábitos” de un pueblo (Libro XIX, cap. IX.). De hecho, al mismo Montesquieu tampoco escapó la idea de “que las leyes que parecen las mismas” no producen siempre el mismo efecto o no tienen siempre el mismo motivo¹⁹.

III. LOS SENTIDOS O FUNCIONES “CONSTITUCIONALES” DEL CONCEPTO DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

La identidad constitucional recibe su nombre por el sentido o función que cumple al interior y al exterior de una comunidad política. Por sentido o función constitucional, se comprende aquí toda eficacia relacionada con la Constitución, sea con su construcción o con su aplicación. Una de estas dimensiones se centra en la función delimitadora del poder o los poderes que, con mayor o menor precisión, es posible identificar detrás de los fenómenos de la globalización e internacionalización del Derecho constitucional. Este sentido, que en esta investigación es desarrollado a partir del discurso de los derechos constitucionales (IV), es acompañado de otras funciones que conviene recordar. En efecto, como se demuestra a continuación, la identidad concepto que, aunque poco explorado, atraviesa buena parte de la teoría y práctica constitucionales. Se trata, en particular, de la función de la identidad en la construcción de la propia Constitución, en su interpretación y en su modificación.

1. Identidad y construcción axiológica de la Constitución

Toda Constitución, en mayor o en menor medida, aspira a construir y caracterizar un modelo de sociedad y de persona. Como sugiere Weiler, las constituciones suelen encapsular ciertos valores fundamentales de la comunidad política, reflejando la identidad colectiva,

¹⁷ Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark. 1998. “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly* 47, pp. 513-515.

¹⁸ Utilizo el término en el sentido que le atribuye Alexander, Larry, “Introduction”, en él mismo (Ed.), **Constitutionalism. Philosophical Foundations**. Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1998, p. 2.

¹⁹ *El espíritu de las leyes*, Libro XXIX, capítulos VI y VIII. Cito desde la edición de V. Goldschmidt, Flammarion, St-Amand, 1979, vol. 2, pp. 294-295.

como pueblo, como nación o como Estado²⁰. Esta visión corresponde a una construcción axiológica del ordenamiento constitucional que, no obstante la crítica de cierta doctrina constitucional (Schmitt y Forsthoff, entre los clásicos), ha disfrutado de una saludable recepción en la teoría y prácticas constitucionales. En efecto, las teorías como las que formuló Rudolf Smend en 1928 (los derechos constitucionales afirman la identidad nacional, tanto hacia el interior como frente a otros pueblos)²¹ y que, treinta años más tarde desarrolló el Tribunal Constitucional alemán con la sentencia Lüth (la Constitución, especialmente su cuerpo de derechos encarna un sistema objetivo de valores)²², han sido notablemente esparcidas a través de la literatura y jurisprudencia comparadas.

Una Constitución no sólo puede evidenciar una identidad pre existente, ella puede muchas veces perseguir el refuerzo de una débil o la construcción artificial de una nueva²³. Ejemplo de lo primero fue la Carta canadiense de derechos y libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1982)²⁴, mientras que de lo segundo fue la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 o el fallido Tratado constitucional de la Unión Europea de 2004²⁵.

Por lo que concierne al constitucionalismo nacional, para nadie es un misterio que la redacción de la Constitución de 1980, en su versión original, estuvo animada por un espíritu nacionalista que perseguía el fortalecimiento de la identidad propia. Como señalaba el Comisionado Ortúzar en la sesión inaugural de la Comisión Constituyente “el espíritu que anima a la Junta de Gobierno es de carácter nacionalista y (...), por consiguiente, es necesario afianzar los valores de nuestro sistema democrático mediante la integración de la ciudadanía y la participación del pueblo para obtener el desarrollo y progreso de la comunidad, evitando a intromisión de elementos extraños en la conducción de los destinos de la patria” (sesión 1^a, 24 de septiembre de 1973, p. 5). Este carácter nacionalista se manifiesta después en la “afirmación de los valores permanentes de la nacionalidad chilena” a través de la estructura de la nueva Constitución, según expresa un documento preparado por el Comisionado Evans (sesión 9^a, 23 de octubre de 1973, p. 5). De modo similar, el Comisionado Ovalle se refiere a la necesidad de que “el mecanismo constitucional chileno [traduzca] genuinamente los sentimientos profundos, las formas de ser y las características fundamentales del pueblo chileno” (sesión 11^a, 30 de octubre de 1973, p. 3).

Después de varias discusiones, la inspiración nacionalista se manifiesta en el párrafo primero del documento, preparado por los comisionados Díez, Evans, Ortúzar y Ovalle y titula-

²⁰ Weiler, Joseph. 2001. “Human Rights, Constitutionalism and Integration: Iconography and Fetishism”, *International Law Forum du droit international* 3, p. 230.

²¹ Smend, Rudolf, **Constitución y Derecho Constitucional**, trad. J. M. Beneyto. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 225 y ss.

²² Sentencia de 15 de enero de 1958, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 7, pp. 198 y ss, especialmente p. 204.

²³ Sobre el tema, véase el reciente trabajo de Rosenfeld, Michel. 2005. “The problem of ‘identity’ in Constitution-Making and Constitutional Reform”, *Benjamin Cardozo School of Law (Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies Working Paper)* 143, pp. 13 y ss.

²⁴ Keating, Michael, **Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereign Era**. Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 143.

²⁵ Por todos vid. Habermas, Jürgen, **So, Why Does Europe Need a Constitution?**, trad. M. Everson. European University Institute-Robert Schuman Centre of Advanced Studies, Florence, 2001, p. 23.

do “Metas u objetivos fundamentales para la nueva Constitución política de la República”. En él se lee que “[l]a nueva Constitución Política fortalecerá y destacará el imperio de los valores esenciales de la chilenidad y cuidará de preservar la identidad histórico-cultural de la Patria (...) La estructura constitucional descansará en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad, que es la que responde al íntimo sentir e idiosincrasia de nuestro pueblo, y según la cual la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección”²⁶.

El discurso nacionalista culminó con el texto definitivo de la Carta de 1980, precedido por el Acta Constitucional Núm. 2 (D.O. 13 de septiembre de 1976) y que cristalizó la construcción de la identidad original de la Carta fundamental en el capítulo titulado “Bases de la Institucionalidad” y en el actual artículo 22, en aquella parte que ordena la honra de la patria, la defensa de la soberanía, la preservación de la seguridad nacional y de los valores esenciales de la tradición chilena.

El capítulo de las Bases -aún tras las modificaciones introducidas por las leyes núm. 18.525 (DO. 17 de agosto de 1989), 19.055 (DO. 1 de abril de 1991), 19.097 (DO. 12 de noviembre de 1991), 19.611 (DO. 16 de junio de 1999) y 20.050 (DO. 26 de agosto de 2005)- no ha sido desprovisto de su carácter modelador de la identidad constitucional nacional. En efecto, la transición y consolidación de la democracia pudo despojar a las *Bases* de su sentido nacionalista original (muy propio de la década en que la Carta se redactó), pero no cabe duda que ellas todavía manifiestan “la idea de derecho”²⁷, el “esqueleto jurídico”²⁸ o los “valores” o “ideales éticos”²⁹ que inspiran e identifican a nuestra Carta constitucional. En efecto, como se demuestra más abajo, las *Bases* se integran con el resto de las normas constitucionales dando lugar, en palabras del Tribunal Constitucional chileno, a un cuerpo sistemático y coherente de principios, valores y normas dotados de supremacía constitucional y que permean la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico³⁰.

2. Identidad constitucional e interpretación de la Constitución

Una segunda función constitucional de la identidad constitucional se relaciona con la hermenéutica constitucional. En algunos estados federales, la identidad constitucional ha servido para fundamentar la interpretación autónoma de las constituciones estatales. La interpretación autónoma posee dos significados. En primer lugar, que los tribunales estatales pueden interpretar las constituciones de los estados al margen de los principios interpretativos de la Constitución federal y, en segundo lugar, que la interpretación última de las respectivas constituciones radica en las jurisdicciones estatales. En los Estados Unidos este

²⁶ Agregado en la sesión 18a, 22 de noviembre de 1973, p. 4.

²⁷ Silva, Alejandro, **Tratado de Derecho constitucional**. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2a. ed., 1997, tomo IV, p. 17.

²⁸ Vivanco, Angela, **Curso de Derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980**. Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 31.

²⁹ Nogueira, Humberto, “Bases de la institucionalidad”, en Verdugo, M., Pfeffer, E. y Nogueira, H., **Derecho constitucional**. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, tomo I, p. 109.

³⁰ Véase paradigmáticamente la sentencia del Tribunal Constitucional rol núm. 976-07 de 26 de junio de 2008, cons. 25°, 33°, 34°, 57° y 63°.

fenómeno forma parte de lo que se llamó “nuevo federalismo”³¹ y conlleva un progresivo aumento del pluralismo propio de los estados compuestos. Para los defensores de esta forma de pluralismo constitucional, los estados no son “entidades geográficamente manufacturadas y definidas por límites arbitrarios”, por el contrario, ello son “sociedades únicas con sus historias y cultura propias”. El Derecho, desde esta perspectiva, no puede ser concebido como el producto de funcionarios al servicio del poder, sino como resultado de la voluntad de un pueblo “motivado por creencias profundas, valores e ideales”³².

Fuera de las tensiones entre el constitucionalismo federal y el estatal, el recurso a la identidad constitucional de un Estado también auxilia a los jueces a decidir un asunto cuando el lenguaje constitucional falla en entregar una directiva inequívoca. Los textos constitucionales suelen ser amplios en su textura, por lo que inevitablemente deben ser completados por sus intérpretes. En esta función de complemento del texto los operadores suelen recurrir a los valores y principios que fundan el ordenamiento, modelando esa forma la propia identidad de la Constitución. Como recuerda Fletcher, “alguna opción es necesaria entre dos sistemas opuestos de valores (...) [l]a opción, precisamente, es una de auto-comprensión (*self-realization*) y auto-definición (*self-definition*). La identidad de un sistema jurídico se encuentra, al mismo tiempo, construida y reflejada en esas decisiones fundamentales”³³.

La práctica constitucional nacional no escapa a esta tendencia. En una sentencia paradigmática y reciente del Tribunal Constitucional (rol núm. 976, de 26 de junio de 2008), los ministros redactores recurrieron por lo menos seis veces al modelo de los valores como marco hermenéutico constitucional, remitiéndose expresamente al tejido normativo que resulta de combinar la lectura de las bases de la institucionalidad y el capítulo de derechos constitucionales. Como afirmaba el Ministro Juan Colombo, Presidente del Tribunal Constitucional chileno, “ya no se atiende tanto a la letra de la Constitución que es cada vez más escueta, sino que hay que ir a sus valores y principios”³⁴. Este consolidado recurso al bloque de valores y principios constitucionales implica que el intérprete constitucional debe descifrar la letra sin traicionar la identidad del ordenamiento expresada en esos valores y principios fundamentales. Por otra parte, si es cierto que esos valores y principios “irradian” el ordenamiento infra-constitucional, entonces resulta constitucionalmente necesario interpretar este último ordenamiento en conformidad con las normas, valores y principios que modelan la identidad del ordenamiento fundamental. La identidad, en consecuencia, se proyecta no sólo en la interpretación de la Constitución, sino también en la interpretación del resto del ordenamiento jurídico nacional.

Por último, la identificación de la identidad de un ordenamiento cumple una función muy sensible en la interpretación intra-ordinamental y extra-ordinamental. La primera forma de interpretación comprende las normas que componen el ordenamiento jurídico interno, mientras que la segunda se refiere a la interpretación de las normas no nacionales. Esta fun-

³¹ Vid. Johansen, Robin. 1977. “The New Federalism: Toward a Principled Interpretation of the State Constitution”, *Stanford Law Review* 29, pp. 297 y ss. Sobre el mismo tema véase también Schapiro, Robert. 1998. “Identity and Interpretation in State Constitutional Law”, *Virginia Law Review* 84, pp. 389 y ss.

³² Mc Hugh, James, op. cit. nota 16, pp. xii-xiii.

³³ Fletcher, George. 1993. “Constitutional Identity”, *Cardozo Law Review* 14, p. 737.

³⁴ *La Semana Jurídica* 365 (26 de diciembre de 2007-8 de enero de 2008), p. 5.

ción hermenéutica puede explicarse del siguiente modo: dos textos iguales, incluso si pertenecen a una misma comunidad política, no significan necesariamente lo mismo cuando ha cambiado la identidad constitucional de esa comunidad. Si la identidad constitucional (que expresa esa meta-constitución a la que se aludía más arriba) es otra, la interpretación debe necesariamente ser otra. Así por ejemplo, si tomamos el núm. 11 del art. 19 la Constitución vigente y lo comparamos con el núm. 7 del art. 10 de la Constitución de 1925 apreciaremos coincidencias notables en el reconocimiento del sustantivo “libertad de enseñanza”. Sin embargo, no cabe duda que el significado de ese derecho, como el de propiedad o la libertad de expresión, ha evolucionado mucho entre una Constitución y otra, no siendo posible interpretarlo con abstracción del cambio de la identidad general de ambas constituciones. Por la misma razón, hay que evitar caer en la trampa de equiparar los sentidos o significados de una norma nacional con los de una internacional o extranjera. La transposición o extrapolación de significados es un proceso preñado de aquellos problemas que los comparatistas identifican con el término *legal* o *constitutional borrowing* (préstamo jurídico o constitucional).

La literatura contemporánea es abundante en prevenciones contra los “préstamos constitucionales” que pasan por alto, a través de la recepción de instituciones o modelos hermenéuticos foráneos, la identidad constitucional de las comunidades receptoras. Uno de las plumas más prolíficas en defensa de la identidad es la de Pierre Legrand, quien ha criticado con vehemencia la separación entre la letra y el espíritu de la norma. Para este comparatista, no es posible tomar las palabras de una ley y prescindir del “marco de intangibles dentro del cual las comunidades interpretativas trabajan y que tiene fuerza normativa para esas comunidades”.³⁵ Ese cuerpo de intangibles, es lo que aquí englobamos bajo el concepto de identidad constitucional.

3. Identidad constitucional y reforma constitucional

La reflexión sobre la identidad de una comunidad política, entendida como la identidad constitucional de esa comunidad, es bastante antigua. Para Aristóteles, la identidad de una *polis* radicaba en aquello que no podía ser cambiado sin que cambiase la *polis* en sí misma. Ese elemento irremplazable de la comunidad era su régimen político (*Política*, 1276b), es decir, lo que hoy podríamos llamar como “constitución”³⁶. Siglos más tarde, Hobbes volvió sobre la misma idea en el *Leviathan*, al referirse al concepto de ley fundamental. Para este filósofo, la ley fundamental era “aquella que siendo eliminada, el Estado decae y resulta completamente disuelto; como una edificio cuyo cimiento es destruido”³⁷.

³⁵ Legrand, Pierre. 1997. “The Impossibility of ‘Legal Transplants’ ”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4, p. 121. Entre otras de las obras en que el mismo autor explora el problema, pueden consultarse 1999, “Sur l’analyse différentielle des juriscultures”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 4, pp. 1053-1071; 1997, “Uniformità, tradizione giuridiche e limiti del Diritto”, *Politica del Diritto* 1, pp. 3-26; 2001, “On the Unbereable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unreasonable Observations”, *European Review of Private Law* 1, pp. 61-76; y “Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists Contribute?”, en BEAUMONT, LYONS y WALKER (Eds.), **Convergence and Divergence in European Public Law**, Hart, Oxford - Portland Oregon, 2002, pp. 225-256.

³⁶ Sobre el sentido de la palabra “constitución”, véase la relación de Guzmán Brito, Alejandro. 2002. “El vocabulario histórico para la idea de Constitución política”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* 24, pp. 267 y ss.

³⁷ **Leviathan**, ed. a cargo de J. C. A. Gaskin. Oxford University Press, 1998, p. 191, trad. propia.

Lo planteado por Aristóteles y Hobbes en el campo de la teoría política ha discutido en la teoría constitucional contemporáneamente bajo el título de los límites constitucionales a la reforma de la Constitución. La cuestión es bien conocida: ¿puede una ley de reforma constitucional, que cumple con todos los requisitos de forma, ser declarada contraria a la Constitución reformada? Parte de la literatura alemana bajo la Constitución de Weimar respondió afirmativamente, fundándose, precisamente, en la idea de identidad y continuidad constitucional. En 1928, Carl Schmitt sostuvo que “una facultad de ‘reformar la Constitución’, atribuida por una normación legal-constitucional, significa que una o varias regulaciones constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, *pero sólo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo*”³⁸. Bajo la Ley Fundamental de Bonn, hubo respuestas similares³⁹. En la misma línea propuesta por SCHMITT, la Corte Suprema de la India -en un caso que es destacado por Gary JACOBSON como explícita referencia al concepto de identidad constitucional- ha sentenciado que “no es jurídicamente posible utilizar la Constitución para destruirla a sí misma”⁴⁰.

Del modo apuntado la identidad constitucional, resumida en los principios básicos del ordenamiento se erige como un límite teórico al poder de revisión de la Constitución. Como límite práctico, su eficacia dependerá naturalmente de los procedimientos que cada Constitución disponga para controlar la constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.

IV. LA FUNCIÓN DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL FRENTE AL DISCURSO NO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Otras de las funciones constitucionales que cumple la identidad constitucional es delimitar los ámbitos de aplicación, y por lo tanto de interrelación, entre el ordenamiento constitucional interno y los ordenamientos constitucionales extranjeros, los supranacionales y los internacionales de los derechos de la persona. Esta investigación se ocupará de exponer la eficacia del concepto estudiado frente a los dos últimos ordenamientos, es decir, el internacional y el supranacional. Para el estudio de la eficacia de concepto frente a la importación del Derecho comparado, incluyendo sus metodologías de interpretación, el lector puede consultar la reciente y creciente literatura sobre el uso del mismo en el razonamiento constitucional⁴¹.

³⁸ Schmitt, Carl, **Teoría de la Constitución**, trad. F. Ayala. Alianza Madrid, 1996, p. 119.

³⁹ Bachof, Otto, **Normas constitucionais inconstitucionais?**, trad. J. Cardoso da Costa. Livraria Almedina, Coimbra, 1994, pp. 25 y ss.

⁴⁰ Jacobsohn, Gary, 2006. “Constitutional Identity”, *The Review of Politics* 68, p. 376. El caso se refería al secularismo, “parte de la estructura básica de la Constitución y también el alma de la Constitución”.

⁴¹ La eficacia frente al fenómeno del *legal borrowing* ha sido desarrollada recientemente por la teoría comparatista en Junior, Luiz Magno. 2007, “Utilización del Derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional”, *Estudios Constitucionales* 5/2, pp. 251-274. Osiatynski, Wiktor. 2003, “Paradoxes of constitutional borrowing”, *International Journal of Constitutional Law* 1/2, pp. 244-268. Rosenkrantz, Carlos. 2003. “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, *International Journal of Constitutional Law* 1/2, pp. 269-295 y Goldsworthy, Jeffrey, “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”, en Choudry, S. (Ed.), **The Migration of Constitutional Ideas**, Cambridge University Press, Cambridge, 2006,

Como se sabe, los ordenamientos supranacionales surgen de las transferencias de atributos propios de la soberanía a favor de organismos dotados del poder de generar y aplicar normas (llamadas comunitarias) en el territorio de los estados asociados. Esas normas, aplicadas directamente y sobre la premisa de su supremacía sobre el Derecho interno, suelen desarrollar derechos y libertades (primero económicos, luego de carácter político) que se inspiran en lógicas no enteramente compatibles con el discurso constitucional nacional. Esas lógicas, propias de la identidad que intentan forjar los órganos supranacionales, pueden entrar en conflicto con la identidad constitucional de los ordenamientos estatales. Algo similar puede suceder con los ordenamientos internacionales. Aunque construidos sobre premisas más modestas que los ordenamientos supranacionales (me refiero a las premisas del inter-gubernamentalismo), los ordenamientos internacionales suelen ejercer la misma presión sobre los ordenamientos nacionales. La pregunta que se plantea entonces es si existe algún criterio que defina los límites de uno y otro ordenamiento frente al Derecho nacional. Como se pasa a demostrar, la identidad constitucional se encuentra en el núcleo de esa respuesta.

1. Identidad constitucional y el discurso de derechos que resulta de los procesos de liberación comercial e integración

El inicio de los procesos de integración, con la conformación de áreas de libre comercio y uniones aduaneras, no suele ocasionar grandes conflictos de naturaleza constitucional. Esta afirmación se basa en un hecho relativamente simple: la organización carece todavía de identidad constitucional. Los problemas se evidencian con mayor notoriedad cuando dicha organización empieza a constitucionalizarse y, junto a ello, a delimitar su propia identidad. El desarrollo de las libertades económicas de circulación de personas, bienes, servicios y capitales, a la par del fortalecimiento de los principios de supremacía y directa aplicabilidad del ordenamiento, terminan por modelar una organización donde el poder se ejerce y se limita de un modo no muy distinto al de cualquier Estado contemporáneo. Si bien puede haber reparos relacionados con el déficit democrático de estas organizaciones o con su falta de legitimidad o reducida *accountability*, lo cierto es que el grueso de la estructura de poderes se aleja de los típicos formatos intergubernamentales y se asemeja mucho a una organización constitucional. Quienes reconocen como ciertas estas premisas, hablan de un proceso de “constitucionalización” de la organización supranacional⁴² y aplican –con las correcciones del caso– la metodología del análisis constitucional a los procesos de configuración y limitación del poder de dicha organización. Incluso más, la doctrina reciente ha llegado a trasladar el análisis constitucional a aquellas organizaciones del comercio internacional donde las pretensiones de construir una identidad constitucional particular no son tan claras como las que se advierten en instituciones al estilo de la Unión Europea⁴³. Y aunque

pp. 115-141. Para la realidad nacional, véase mi trabajo “Sobre presentes griegos e injertos extranjerezantes: uso y límites del Derecho no nacional en la jurisprudencia constitucional: el recurso al Derecho comparado”, cit. nota 4.

⁴² Vid. Weiler, Joseph, **The Constitution of Europe**. Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

⁴³ Véase Cass, Deborah. 2001. “The ‘Constitutionalization’ of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade”, *European Journal of International Law* 12/1, pp. 39-7 y **The Constitutionalization of the World Trade Organization**, Oxford University Press, New York, 2005. La autora sostiene en la última de estas obras que “estructuralmente,

pueden discutirse las aspiraciones constitucionales de organizaciones como la OMC, no es menos cierto que los principios y normas que dicha organización internacional promueve con respecto al comercio internacional pueden colisionar con derechos fundamentales de carácter civil o social⁴⁴.

Si se examina la experiencia nacional, es posible advertir con nitidez que, a la par de los tratados específicos sobre derechos humanos, los acuerdos de libre comercio y sus foros arbitrales de solución de disputas representan una instancia más de resolución de conflictos sobre el contenido de los derechos constitucionales (principalmente de raigambre económica) de los sujetos en controversia. Laudos como los dictados en los asuntos *Pey Casado y Fund. Salvador Allende c. República de Chile* (caso N° ARB/98/2, 8 de mayo de 2008) o *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (caso N° ARB/01/7 de 25 de mayo de 2004), ambos del CIADI, conciernen directamente asuntos constitucionales, tales como la nacionalidad o el derecho a un trato no discriminatorio. Del mismo modo, acuerdos comerciales o de protección de inversiones regulan aspectos constitucionales muy delicados y sensibles para nuestra particular “Constitución económica” como son la expropiación o la libertad empresarial. Desde esa perspectiva no es incorrecto calificar esos instrumentos como complementarios del art. 5º constitucional⁴⁵ y esas instancias de solución de conflictos comerciales como foros de justicia para-constitucional.

La presión que los derechos y libertades propias del comercio internacional sobre los derechos constitucionales nacionales y sobre los derechos humanos internacionales de carácter general es, entonces, formidable. Asimismo, el desafío que se plantea para la dogmática constitucional e internacional es notable. Ese desafío consiste en discernir la naturaleza constitucional de esos nuevos y poderosos derechos, y su identidad frente a los derechos reconocidos por las constituciones nacionales y el denominado Derecho internacional de los derechos humanos. Sobre este aspecto, la literatura reciente es fértil y contradictoria, siendo la polémica entre los Profesores Petersmann⁴⁶ y Alston⁴⁷ una buena muestra de ello.

después de 1995, fue posible identificar en la OMC los principios de un sistema que parece tener, en su base, aspiraciones constitucionales” (p. 15).

⁴⁴ En el cap. II de la obra editada por Cottier, Thomas, Pauwelyn, Joost y Bürgi, Elisabeth, **Human Rights and International Trade**, Oxford University Press, Oxford, 2005, se encuentra una documentada recopilación de estudios relativos al particular (pp. 245 y ss.). Véase también, Abbot, Frederick, Breining-Kaufmann, Christine y Cottier, Thomas (Eds.), **International Trade and Human Rights. Foundations and conceptual issues**. University of Michigan Press, Ann Arbor, 2006, pp. 261 y ss.

⁴⁵ Como lo habían avanzado, hace una década Vial, Tomás y Troncoso, Claudio. 1993. “Algunas cuestiones relativas a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho* 20/2-3, pp. 695 y ss.

⁴⁶ Véanse, entre otros, Petersmann, Ernst-Ulrich. 2001, “Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations. Lessons for European Integration Law”, *Jean Monnet Working Paper 7, passim*; 2002. “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law* 13/3, pp. 621-650; y 2003, “On ‘Indivisibility’ of Human Rights”, *European Journal of International Law* 14/2, pp. 381-385.

⁴⁷ Alston, Philip. 2002. “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, *European Journal of International Law* 13/4, pp. 815-844. La respuesta de Petersmann aparece en la misma revista, bajo el título “Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals more seriously: Rejoinder to Alston”, pp. 845-851. Véase también la crítica que contra la tesis de Petersmann plan-

Por años, el primero de estos profesores ha defendido la “indivisibilidad” de los derechos humanos frente a la tesis que sostiene la diversidad de identidades (y, en consecuencia, de sustratos fundacionales) entre los derechos humanos tradicionales y las libertades de carácter mercantil.

Sea o no divisible la libertad, lo cierto es que la disciplina positiva y las inspiraciones de los distintos ordenamientos (constitucionales, internacionales de los derechos humanos, internacionales del comercio internacional y supranacionales) no es siempre convergente. Luego, en la medida en que se presente esa divergencia y en que se acepte la naturaleza constitucional de los regímenes en conflicto, surge lo que puede llamarse conflicto identidades. Para remediar ese conflicto, algunos ordenamientos han desarrollado el principio de reconocimiento de la identidad constitucional nacional. Este último concepto ha sido básicamente desarrollado en el Derecho europeo, y en su virtud los creadores y juzgadores del Derecho no nacional se encuentran obligados a respetar aquellos elementos sustantivos que identifican jurídicamente a una comunidad política. Como tal, dicho principio no sólo inspira el ordenamiento comunitario supranacional sino que además, en aquellos ordenamientos constitucionales más o menos rígidos, forma parte de lo que la doctrina comparada ha llamado como “contra límites” de la integración.

a) *La obligación de respetar la identidad como parte del ordenamiento supranacional*

En el Derecho de la Unión Europea el concepto de identidad constitucional forma parte del concepto de identidad nacional y comprende, además de ciertos rasgos formales menos importantes como la estatalidad (valga la redundancia, los Estados siguen siendo Estados), la reserva de ciertos núcleos indisponibles de las propias constituciones. Esta obligación de respetar la identidad nacional aparece expresamente positivada en las normas de Derecho originario. En efecto, el art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea dispone actualmente que “[l]a Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros”. Aunque el tenor pueda cambiar producto de las últimas propuestas de reforma a los tratados⁴⁸, parece haber consenso doctrinal en torno a la inclusión de la identidad constitucional dentro de la identidad nacional. Comentaristas como Puttler⁴⁹, Pernice⁵⁰ o Hilf⁵¹ coinciden en incluir a la

tea Howse, Robert. 2002. “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann, European *Journal of International Law* 13/3, pp. 651-659.

⁴⁸ La redacción ha tenido dos propuestas de modificación. La primera de ellas estaba contenida en el fracasado *Tratado por el que se establece [establecía] una Constitución para Europa* (2004), art. I-5: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”. La segunda está actualmente contenida en el art. 3bis del *Tratado de Lisboa* por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea (2007): “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.

⁴⁹ Comentario de Puttler, Adelheid, al artículo 7 TUE, en Callies, C. y Ruffert, M. (Eds.), **Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV**. Luchterhand, Kriftel, 2a ed., 2002, p. 142.

Constitución, su identidad o sus valores fundamentales como parte de la identidad nacional que obliga respetar el art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea. Otros autores, como Kumm y Ferreres⁵², Mayer⁵³ o Phelan⁵⁴ coinciden en sostener que la sujeción a este principio revierte el principio de primacía del Derecho de la Unión en favor del Derecho nacional y sus órganos más autorizados de interpretación.

En otro sentido, la obligación de respetar la identidad constitucional de los estados miembros se manifiesta en las declaraciones o protocolos anexos al final de algún tratado relevante. Así por ejemplo, el Protocolo núm. 17 del Tratado de Maastricht señala que “[n]inguna disposición del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas ni de los Tratados y actos por los que se modifican o completan dichos Tratados afectará a la aplicación en Irlanda del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa” (la norma citada de la Constitución de Irlanda se refiere a la protección del que está por nacer). De modo similar el Protocolo núm. 7, anexo al Tratado de Adhesión a la Unión Europea dispone respecto de Malta que: “[n]inguna disposición del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, ni de los tratados o actas por los que se modifiquen o complementen dichos Tratados, afectará a la aplicación en el territorio de Malta de la legislación nacional en materia de aborto”. Por último, la Declaración núm. 39 anexa al mismo Tratado expresa que “[e]l Gobierno de la República de Polonia entiende que ninguna disposición del Tratado de la Unión Europea ni de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, ni de las disposiciones de los tratados que modifican o complementan dichos Tratados, impide que el Estado polaco regule las cuestiones de relevancia moral ni las cuestiones relacionadas con la protección de la vida humana”⁵⁵.

Más allá del reconocimiento de la doctrina o de los propios tratados hacia las particularidades que dan forma a la identidad constitucional de los estados, el Tribunal de Luxemburgo ha desarrollado una progresiva doctrina de la deferencia hacia los ordenamientos constitucionales nacionales y los valores que los inspiran. Por mencionar algunos casos, en *Henn y Darby*⁵⁶ el Tribunal ha demostrado deferencia hacia el juicio nacional sobre la moralidad pública, en *Sirdar* hacia el margen de apreciación basado en apreciaciones de carácter mili-

⁵⁰ Pernice, Ingolf y Mayer, Franz. 2000. “De la constitution composée de l’Europe”, *Revue Trimestrielle de Droit Européenne* 36, pp. 646 y ss.

⁵¹ Hilf, Meinhard, “Europäische Union und Nationale Identität der Mitgliedstaaten”, en Randelzhofer, A., Scholz, R. y Wilke, P., **Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz**, C.H. Beck, München, 1995, p. 167.

⁵² Kumm, Mattias y Ferreres, Víctor. 2004. “The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty”, *Jean Monnet Working Paper* 5, p. 10 y pp. 26 y ss.

⁵³ Mayer, Franz. 2003. “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *Jean Monnet Working Paper* 9, p. 26.

⁵⁴ Phelan, Diarmuid Rossa, **Revolt or Revolution. The constitutional boundaries of the European Community**. Round Hall Press- Sweet & Maxwell, Dublin, 1997, pp. 417 y ss.

⁵⁵ En idéntico sentido, la declaración de Polonia núm. 60 al Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007), establece que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea “no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral”.

⁵⁶ Asunto 34/79, *Regina / Maurice Henn y John Frederick Darby* (14 de diciembre de 1979).

tar⁵⁷ y en *Omega*⁵⁸ y *Schmidberger*⁵⁹ hacia los derechos reconocidos por las constituciones nacionales como límites de las libertades económicas.

b) *El derecho a exigir el respeto de la identidad constitucional como parte del Derecho interno de los Estados*

La jurisprudencia constitucional de algunos estados ha propuesto la existencia de ciertos principios fundamentales del ordenamiento -expresados genéricamente o especificados en la protección de los derechos constitucionales- que resultan indisponibles para cualquier autoridad nacional y supranacional. Esta fórmula de limitación de la aplicación del Derecho no nacional en el territorio de los estados conduce nuevamente a la idea de identidad constitucional, pues esos principios fundamentales del ordenamiento, o ese estándar de protección de los derechos de la persona, representarían aquella parte irrenunciable de la identidad constitucional interna, como lo ha sugerido recientemente el Consejo Constitucional francés. Al igual que acontece con la eficacia de la identidad en materia de reforma constitucional, no podría renunciarse a esos elementos de identidad sin comprometer la integridad del ordenamiento nacional.

La doctrina ha llamado “contra-límites” a este cuadro general de limitaciones⁶⁰, el cual ha sido notablemente expuesto por la jurisprudencia alemana (en la sentencia conocida como *Solange I*)⁶¹ e italiana⁶². Pero además de los famosos precedentes alemanes e italianos, la jurisprudencia belga⁶³, danesa⁶⁴, francesa⁶⁵ y británica han seguido pasos similares. Las palabras del *Lord Justice Laws* en el caso *Thoburn* son elocuentes: “en el caso hipotético, que indudablemente jamás ocurriría en el mundo real, en que una medida europea fuera considerada como repugnante para un derecho fundamental o constitucional garantizado por el Derecho de Inglaterra, surgiría la cuestión de si las palabras generales de la ECA [European Communities Act de 1972, que consintió la entrada del Reino Unido a las comunidades] fueron suficientes para incorporar la medida y concederle efecto invalidante en el Derecho interno”⁶⁶.

⁵⁷ Asunto C-273/97, *Angela M. Sirdar / The Army Board y Secretary of State for Defence* (26 de octubre de 1999).

⁵⁸ Asunto C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (4 de febrero de 2004).

⁵⁹ Asunto C- 112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge / Austria*, (12 de junio de 2003).

⁶⁰ Cartabia, Marta, **Principi inviolabili e integrazione europea**. Giuffrè, Milano, 1995, pp. 95 y ss.

⁶¹ Sentencia de 29 de mayo de 1974, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 37, 271, pp. 271 y ss.; trad. inglés en Common Market Law Reports 2, 1974, pp. 540 y ss.; versión castellana en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 58, 1986, pp. 246 y ss.

⁶² Corte Constitucional, sentencias de la Corte Constitucional núm. 98 de 27 de diciembre de 1965, núm. 183 de 27 de diciembre de 1973, núm. 170 de 8 de junio de 1984 y núm. 232 de 21 de abril de 1989.

⁶³ Corte de Arbitraje, caso *Européennes v. Hermans-Jacobs y Heuvelmans-van Iersel*, 3 de febrero de 1994.

⁶⁴ *Carlsen y otros v. Rasmussen* (6 de abril de 1998).

⁶⁵ Una de las más recientes sentencias del Consejo Constitucional francés es la decisión 2006-540 (27 de julio de 2006). Véase la editorial, firmada por JHR y LB, 2007, “Constitutional identity and the European Courts” de la European Constitutional Law Review 3, pp. 177-181.

⁶⁶ Queen’s Bench Division (Divisional Court), High Court of England and Wales, *Steven Thoburn y otros* (18 de febrero de 2002), cit., ap. 69, cursivas añadidas.

En una decisión de 27 de julio de 2006 el Consejo Constitucional francés resolvió, remitiéndose expresamente a la identidad constitucional, que la transposición de una directiva no podría violar ninguna regla o principio inherente a la identidad constitucional francesa (*la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France*, ap. 19 de la decisión)⁶⁷.

La relevancia de estos principios es tal, que incluso algunas constituciones se han modificado con el objeto preciso de indicar que en el respeto de ellos radica el fundamento mismo de la habilitación para ceder competencias soberanas. Este es, por ejemplo, el caso de la Constitución alemana, cuyo art. 23 indica expresamente que “para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea, dentro de su compromiso con los principios democráticos, del Estado de Derecho, sociales y federativos y con el principio de subsidiariedad y de garantizar una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la presente Ley Fundamental”⁶⁸.

2. La identidad constitucional en el corazón de la doctrina del margen de apreciación y la justicia internacional de los derechos humanos

El deber de respetar la identidad constitucional se encuentra también en el fundamento de la doctrina del margen de apreciación. Como señala Arai-Takahashi la doctrina del margen de apreciación “ha sido desarrollada como un intento de impulsar un equilibrio entre las visiones nacionales de los derechos humanos y la aplicación uniforme de los valores de la Convención. Esta es inherente a, y naturalmente derivada de, el entendido original de que la Convención debería servir como un sistema complementario, pero subsidiario, a los sistemas nacionales”⁶⁹. Esta doctrina se sustenta en el riquísimo principio de subsidiariedad⁷⁰, una de las principales fuentes de legitimidad de los órganos de justicia internacional⁷¹, y en su virtud el juez internacional debe reconocer la autoridad de los órganos y normas nacionales para configurar el modo de cumplimiento y desarrollo de los derechos reconocidos en los pactos internacionales. Aunque ella ha sido notablemente desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos, su aplicación se extiende hacia otros tribunales de derechos

⁶⁷ Esta importante sentencia, en palabras de Dutheillet de Lamothe, miembro del Consejo Constitucional, se habría “inspirado directamente” en la sentencia núm. 232 de la Corte Constitucional italiana, “Le contrôle de conventionnalité”, en <www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/2008/o_dutheillet_rome_9mai2008.pdf>. Sobre esta importante sentencia, véase Alcaraz, Hubert y Charpy, Chloé. 2007. “Notes sous décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006”, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 69, pp. 85-120.

⁶⁸ Cito desde la traducción de Rubio Llorente, Francisco y Daranas, Mariano, **Constituciones de los Estados de la Unión Europea**. Ariel, Barcelona, 1997, p. 8.

⁶⁹ Arai-Takahashi, Yutaka, **The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality of ECHR**. Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002, p. 3.

⁷⁰ En este sentido, Brem, Eva. 1996. “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für Auslandisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 56, pp. 302-303. Carozza, Paolo. 2003. “Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law* 97/38, pp. 56 y ss. Por último, van Droogenbroeck, Sébastien, **La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**. Bruylants, Bruxelles, 2001, pp. 490 y ss. Para este último comentarista la subsidiariedad es el fundamento técnico, material y procedimental, que justifica la “mejor posición” en que se encontrarían las autoridades nacionales para apreciar las formas de cumplimiento de las normas de la Convención.

⁷¹ Vid. Kumm, Mattias. 2005. “The legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysis”, *European Journal of International Law* 15/5, pp. 920 y ss.

humanos e incluso, como lo advierte cierta bibliografía reciente, aspira a convertirse en un principio general de adjudicación internacional⁷².

Cabe mencionar que tanto la Comisión⁷³ como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷⁴ han ido recibiendo esta doctrina en diversos informes, opiniones y sentencias que demuestran cierta deferencia hacia los ordenamientos constitucionales nacionales. Con todo, en términos relativos la profundidad de la doctrina americana no es todavía comparable con la europea, pues tanto la Corte como la Comisión han sido más activistas que deferentes frente a los ordenamientos internos. La casuística chilena ofrece un par de ejemplos relevantes ante la Corte⁷⁵ y la Comisión⁷⁶, en los cuales el discurso del margen de apreciación en favor de ciertas peculiaridades de la Constitución chilena pudo haber sido manejado con mayor profundidad. Sin pretender ahondar en las razones que explican esta disparidad de criterios, es posible suponer como parte de la explicación el menor desarrollo relativo de los sistemas políticos y del Estado de Derecho en los países sujetos al Pacto de San José. Al igual que puede acontecer con los estados del oriente de Europa, el escrutinio de los órganos regionales de control de los instrumentos de derechos humanos es mayor cuanto más débiles son las credenciales jurídico políticas de un Estado determinado.

En términos constitucionales puede decirse entonces que la doctrina del margen de apreciación tiende a preservar, dentro de sus márgenes legítimos, la identidad constitucional de los estados expresada en visiones potencialmente divergentes sobre del contenido de los derechos de la persona. Esta divergencia se sustenta en la pluralidad de concepciones acerca de un mismo concepto, fenómeno bien estudiado por los comparatistas y teóricos del Derecho. Esto quiere decir que un mismo derecho puede obedecer a una pluralidad diversa de fundamentaciones y, por lo tanto, de significaciones. Como demuestran estudios recientes, hasta la dignidad humana –fundamento de los derechos de la persona- admite un número impresionante de concepciones que dificultan en extremo la presentación de un concepto común⁷⁷. Dada esta pluralidad de significaciones surge el conflicto de interpretaciones y, con ello, el conflicto de identidades. La doctrina del margen de apreciación asume la inevitabilidad y legitimidad de esa pluralidad de concepciones y, en armonía con el principio de subsidiariedad, impide al juez internacional subrogar la potestad de las autoridades naciona-

⁷² Shany, Yuval. 2005. "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine?", *European Journal of International Law* 16/5, pp. 907-94, con especial referencia a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y los paneles de resolución de controversias de la OMC.

⁷³ Véanse por ejemplo los informes 30/93, caso 10.804, *J. Efraín Montt v. Guatemala* (12 de octubre de 1993); 25/01, caso 12.144, *Álvaro Robledo v. Nicaragua* (5 de marzo de 2001); 43/05, y caso 12.219, *Daniel Sahli y otros v. Chile* (10 de marzo de 2005).

⁷⁴ Véanse por ejemplo la opinión consultiva OC 4/84, sobre propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica (19 de enero de 1984), Serie A N° 4, párrafos 32 y ss.; y la decisiones dictadas en los asuntos contenciosos *Viviana Gallardo* (decisión de 13 de noviembre de 1981), párrafo 16º o *Herrera Ulloa v. Costa Rica* (2 de julio de 2004), Serie C N° 107.

⁷⁵ Fallo *Olmedo Bustos y otros v. Chile* (5 de febrero de 2001), Serie C N° 73.

⁷⁶ Informe 130/99, caso 11.863, *Arturo Aylwin y otros v. Chile* (27 de diciembre de 1999), en especial véase la disidencia del Comisionado Goldman.

⁷⁷ Mc Crudden, Christopher. 2008. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law* 19/4, pp. 697-705.

les (incluyendo las legislativas y constituyentes) para definir o cumplir los mandatos a que obliga la identidad de la propia Constitución.

Como lo he sostenido en otro lugar⁷⁸, la doctrina del margen de apreciación es una técnica jurídica específica de coordinación de la diversidad. La función que ella cumple es constitucional en cuanto a su objeto y su fin. En cuanto a su objeto, ella modula, equilibra y resuelve el enfrentamiento de las concepciones (y, luego, de las identidades) constitucionales. Su materia, por decirlo así, es constitucional. La falta de esta unidad o consenso universal (o, por lo menos, regional) acerca de los derechos fundamentales genera una suerte de “pluralismo constitucional” con el cual o dentro del cual han de desenvolverse las organizaciones internacionales de protección de los derechos humanos. Estas organizaciones no pueden perder de vista la identidad constitucional de los estados que las componen y que se sujetan a su jurisdicción. Por lo que se refiere al fin, la doctrina en comento persigue un doble propósito constitucional: salvaguardar la legitimidad del ordenamiento internacional (derivado y subsidiario del nacional) y preservar la cohesión o unidad política de la comunidad. Esta última es la función integradora de toda Constitución, la que fuera tan bien explicada a principios de siglo por autores como James Bryce.

Por último, cabe hacer presente que la doctrina en cuestión también deja cierto margen de acción a los Estados al dar cumplimiento a las obligaciones de adaptación que imponen las normas internacionales al estilo del art. 2º del Pacto de San José o el art. 2 del Pacto de derechos civiles y políticos. La primera norma configura el deber “de adoptar disposiciones de Derecho interno”, fue introducida en dicho Convenio a iniciativa de Chile y se habría inspirado en el art. 2.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos⁷⁹. De acuerdo con la jurisprudencia interamericana, esta obligación se cumple suprimiendo la legislación interna (incluidas las normas constitucionales) y dictando normas efectivas conducentes a la observancia de los derechos reconocidos en el Pacto⁸⁰. De acuerdo con la norma de Naciones Unidas, “se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados Partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. (...) El artículo 2 autoriza a un Estado Parte a proceder de conformidad con su propia estructura constitucional interna y, en consecuencia, no exige que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales, mediante la incorporación del Pacto al derecho nacional”⁸¹. Al margen de las posibles diferencias sustantivas entre el

⁷⁸ “Derechos constitucionales y pluralismo jurídico. Aproximación a los principios internacionales y constitucionales de coordinación de la diversidad”, **Actas XXXV Jornadas chilenas de Derecho público. El Derecho público ante la globalización**. Edeval, Valparaíso, 2005, pp. 309-326.

⁷⁹ *Vid.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. **Actas y Documentos**. San José de Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. s.d., pp.55-56. Para la evolución y significado de esta norma, Gros, Héctor, **La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, pp. 38, 67-68.

⁸⁰ Véase la síntesis de principios y jurisprudencia que presenta la propia Corte Interamericana en la sentencia *Lori Berenson Mejía v. Perú* (25 de noviembre de 2004), Serie C N° 119, párrafos 219-221.

⁸¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, aprobada en la 2.187 sesión de 29 de marzo de 2004, cito desde la versión oficial castellana: *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones*

sentido de ambas disposiciones internacionales, asunto que no puede ser tratado en este trabajo, ambos instrumentos coinciden en remitirse a la normativa interna cuando los derechos convenidos no están todavía garantizados en el Estado parte. De esta forma, podría decirse que ellas reconocen cierto margen de amplitud a los poderes públicos concernidos con el cumplimiento de un deber que, sin perjuicio de lo ordenado por el art. 1 del Pacto de San José, bien puede calificarse como una obligación de resultado. Por otra parte, también podría haber un reconocimiento a favor del margen de apreciación de las autoridades nacionales, sujeto a la revisión de la Corte, al momento de decidir si el derecho “estuviere ya garantizado”.

3. Los titulares y los límites del deber de deferencia

Demostrada la existencia del concepto de identidad constitucional y de sus consecuencias en el plano de los derechos fundamentales, se plantean dos cuestiones complementarias. La primera de ellas es ¿quién decide sobre ella? y la segunda ¿hasta dónde llega ese deber de deferencia?

a) *Sobre quién decide el alcance legítimo del principio de identidad constitucional estatal. La respuesta tradicional desde las premisas del Derecho constitucional comunitario y del Derecho internacional*

La construcción de la identidad constitucional de cada comunidad la decide, en su formulación positiva o escrita, aquella instancia en la que radica el poder constituyente. En su transformación inciden el Parlamento, el Gobierno, los jueces, la ciudadanía y, en lo que concierne a la influencia de los actores externos, los órganos internacionales o supranacionales de creación y control de los derechos humanos. El conflicto, como ha quedado dicho, surge cuando se exterioriza la pretensión de la comunidad por defender alguno de los elementos de su identidad frente a la presión de un estándar internacional o comunitario. La pregunta que naturalmente surge es, entonces, ¿quién decide el alcance legítimo de esa pretensión de identidad? ¿La propia comunidad política comprometida?, ¿el órgano con cuya identidad se enfrenta?

La jurisprudencia nacional europea, en los casos citados a propósito de la tutela de los contra límites a la integración, radica en la jurisdicción nacional la última palabra en lo que se concierne a la defensa de la Constitución. De acuerdo con esta interpretación, son los jueces constitucionales nacionales –o sus equivalentes- los encargados de decidir hasta dónde cumplir con la normativa comunitaria y resolver cuándo las autoridades comunitarias han incurrido en exceso de poder. Una muestra significativa de este razonamiento se encuentra en la sentencia “Maastricht” del Tribunal Constitucional alemán (12 de octubre de 1993). Esta sentencia formula una interesante conexión entre la subsidiariedad y la identidad nacional, indicando que “el principio de subsidiariedad (...) está destinado a garantizar la

identidad nacional de los Estados miembros y a mantener sus competencias”⁸². Según se lee en esta sentencia, los órganos estatales alemanes están impedidos de aplicar los actos comunitarios *ultra vires* (carentes de eficacia jurídica en dicho territorio soberano, en palabras del Tribunal germano), y es el propio Tribunal Constitucional el habilitado para examinar si los actos jurídicos de las instituciones europeas respetan o exceden los límites de los derechos de soberanía (“*Hoheitsrechte*”) a ellos concedidos.

La literatura sobre el problema de la última palabra o del último árbitro de los conflictos entre el Derecho comunitario y el nacional es tan numerosa como atractiva es la teorización que justifica la posición de las jurisdicciones nacionales⁸³. Sin embargo, la tesis de la preferencia de la jurisdicción nacional sobre la comunitaria tiene el importante defecto de quebrantar uno de los principios fundamentales sobre los cuales se ha construido el Derecho de la integración, cuales es el principio de supremacía del Derecho comunitario. Por otro lado, si son ciertas las aspiraciones y estructuras constitucionales del nuevo orden comunitario, es la metodología y la retórica de la supremacía constitucional del nuevo ordenamiento la que debe ayudar superar el conflicto, como si de una federación o cuasi federación hablásemos. En efecto, una vez que se progresá a través del discurso o retórica constitucional federal o cuasi federal, es difícil retroceder hacia el argumento de la soberanía estatal. El recurso a la soberanía, en cierta medida deniega la autonomía y originalidad del nuevo orden comunitario. Como indican Weiler y Haltern, la argumentación del Tribunal Constitucional alemán, que simplifica las estructuras comunitarias bajo la imagen de una organización internacional común y corriente, representa algo parecido a “querer regresar a su lugar el dentífrico después de haber oprimido el tubo”⁸⁴.

En el orden internacional no supranacional se plantea un problema similar. ¿Puede un tribunal nacional dejar de cumplir un compromiso internacional a pretexto de legitimar una medida o una norma interna que concrete alguno de esos aspectos irrenunciables del ordenamiento constitucional interno? Para responder a esta cuestión el juez nacional carece de los razonamientos que ofrece la literatura comunitaria y que probablemente lo llevarían a fallar en favor del ordenamiento superior, pues aunque el contexto del Derecho internacional de los derechos humanos difiere del Derecho internacional general, los sistemas internacionales de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales todavía no alcanzan un estado de evolución que permita extrapolar el discurso constitucional federal a la solución del conflicto de identidades constitucionales. Sin embargo, lo anterior no implica que

⁸² Cito desde la versión en inglés de la sentencia, contenida en la valiosa compilación de Oppenheimer, Andrew (Ed.), **The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases**. Cambridge University Press, Cambridge, 1994, vol. 1, pp. 527 y ss., apartados C, II 3 letra c), cursivas añadidas.

⁸³ Vid. Mayer, Franz. 2003. “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system”, *Jean Monnet Working Paper* 9, pp. 37 y ss. Vid. también Schilling, Theodor, Weiler, Joseph y Haltern, Ulrich. 1996, “Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences? The Schilling – Weiler/Haltern Debate”, *Jean Monnet Working Paper* 10/96. Schmid, Christoph. 1999. “The neglected conciliation approach to the ‘Final Arbiter’ conflict: A critical comment on Kumm: ‘Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?’, in this Review”, *Common Market Law Review* 36, pp. 509-514; y el diálogo entre los profesores Stith y Weiler, en Stith, Richard y Weiler, Joseph, **Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea**. Publicaciones de la Cátedra Jean Monnet, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000, *passim*.

⁸⁴ Weiler, Joseph y Haltern, Ulrich. 1996. “The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass”, *Jean Monnet Working Paper* 10/96, párrafo II.

el juez nacional carezca de argumentos para dar aplicación preferente a la normativa internacional. En efecto, el principio del *pacta sunt servanda*, explicitado en cláusulas al estilo del art. 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* o el art. 32 del *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito internacional* (Comisión de Derecho internacional de Naciones Unidas)⁸⁵, parece conducir a dicho tribunal a un destino no muy diverso al que lleva el principio de supremacía del Derecho comunitario interpretado en clave constitucional-federal.

Por otra parte, si el juez que se enfrenta a este caso difícil es un juez chileno, podrá agregar a las razones apuntadas dos argumentos adicionales. El primero de ellos radica en el art. 5º de la Constitución, cuyo conocido inciso segundo señala a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes como instrumentos de limitación del ejercicio de la soberanía, del cual la jurisdicción –como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional chileno– es emanación. El segundo argumento parece aportarlo la reforma constitucional introducida en Chile por la Ley núm. 20.050. Como se sabe, ella explicitó que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional” (art. 54.1 CPR.). Una lectura que podría darse a esta norma es que el constituyente no ha autorizado a los órganos jurisdiccionales nacionales para dejar de cumplir con los compromisos asumidos en virtud de los tratados internacionales. Como lo defiende Nogueira, esta norma genera la obligación de “no oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales voluntaria y libremente aceptadas, generando responsabilidad internacional por ello”⁸⁶. De acuerdo con esta lectura, la única posibilidad que reservaría la Constitución para dar prioridad a la defensa de la identidad constitucional consiste en la denuncia del tratado que genera la obligación incompatible con nuestra Constitución.

b) *Ensayo de una reformulación del problema*

El gran problema que ofrecen los argumentos apuntados hasta aquí es que ellos desconocen cualquier capacidad del juez para dar aplicación preferente a la Constitución sobre las obligaciones contenidas en los tratados y, con ello, la eficacia legítima del principio de identidad constitucional nacional. Si es que dicho principio existe, como se ha intentado demostrar a lo largo de esta investigación, resultaría que la doctrina de la preferencia del Derecho internacional sobre el nacional reduciría su virtualidad a la sola doctrina del margen de apreciación (y, luego, a la jurisdicción de los órganos internacionales de supervisión de los tratados), suprimiendo de paso las hipótesis de hecho que permiten el desarrollo de esta última. A mi juicio, la doctrina de la preferencia absoluta del Derecho internacional sobre el nacional puede ser mejorada, del mismo modo en que puede ser replanteada la doctrina conservadora contraria, que afirma en línea de principio la doctrina de la supremacía de la

⁸⁵ La citada propuesta establece: “El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”. Sobre el sentido e inspiración de esta norma, véase Crawford, James, **The International Law Commission’s Articles on State Responsibility**. Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 207-208.

⁸⁶ En este sentido Nogueira, Humberto, “Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en ZÚÑIGA, Francisco (Coord.), **Reforma constitucional**. Lexisnexis, Santiago de Chile, 2005, p. 533.

Constitución frente a los Tratados internacionales⁸⁷. En efecto, tanto la una como la otra tienden a plantear el conflicto en términos maniqueos, donde el aserto de uno es el error del otro y viceversa.

La tesis que se defiende aquí plantea una *eficacia ordenada* del principio de identidad constitucional. Esto quiere decir que el juez tiene el deber de interpretar las normas constitucionales en armonía con las internacionales, lo anterior a consecuencia del principio de la buena fe con que deben cumplirse los convenios internacionales o de los mandatos expresos de la Constitución, allí donde los hay (como es el caso del art. 10.2 de la Constitución española). En el cumplimiento de esta obligación, el juez nacional debería discernir cuidadosamente las normas internacionales obligatorias de las que propiamente no lo son (como puede de acontecer con las observaciones generales o las sentencias y recomendaciones dictadas para un caso y un estado diverso del propio), sin perjuicio del valor moral que pueda reconocerle a estas últimas. Si luego de discernir el carácter vinculante de la norma, el juez aprecia la existencia de un conflicto, él debe proceder a medir la consistencia del mismo con el propósito de evaluar si se encuentra en juego algún elemento de la identidad constitucional del Estado. Por ejemplo, si se tratara del conflicto evidente entre el art. 19.13 de la Constitución chilena y el art. 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos (el primero entrega la regulación del ejercicio de la libertad de reunión a un reglamento en tanto que el segundo instrumento hace la remisión a la ley), el juez podría resolver a favor de la segunda norma sin recurrir a la primacía del tratado sino únicamente al carácter más favorable de la norma convencional sobre la nacional. En este juicio no parece haber un compromiso de la identidad constitucional, puesto que es precisamente la norma nacional particular (art. 19.13 inciso 2º) la que hoy se presenta como completamente extravagante al régimen constitucional nacional y general de la reserva legal. En este sentido, no sólo deja de aplicarse una norma proceduralmente menos favorable, sino que además se reconstruye, para el caso concreto, la identidad constitucional nacional que ha privilegiado el principio de reserva legal sobre el poder reglamentario de policía.

Conviene recordar que el principio de aplicación de la norma más favorable⁸⁸ en cierta medida sustituye el discurso jerárquico por uno que obliga al juez a examinar el contenido de las normas y preferir aquella que ofrezca la mejor protección a los derechos. Como afirma Nogueira “[d]e esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporado al Derecho Interno, cuando contiene algunos ‘plus’ respecto de este último se aplica preferentemente por ser más favorable al sistema de derechos, *o viceversa, el derecho interno prevalece frente al derecho internacional cuando el primero protege en mejor forma los derechos que el segundo*”⁸⁹. Ahora bien, la decisión sobre lo que mejor favorece, algunas veces podrá resolverse en base a criterios cuantitativos, pero en otras necesitará inevita-

⁸⁷ Por todos vid. recientemente Salinas, Hernán. 2007. “Los tratados internacionales ante la reforma constitucional”, Revista de Derecho público 69, pp. 495-496 y Ribera Neumann, Teodoro. 2007. “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, Estudios Constitucionales 5/1, pp. 89-118.

⁸⁸ Véanse en este sentido CANÇADO, Antonio, **El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2006, pp. 310 y ss; y NOGUEIRA, Humberto, **Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**, Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 381-382.

⁸⁹ Nogueira, op. cit. nota 88, p. 381, cursivas añadidas.

blemente de un juicio de valor planteado en términos jurídicos. Este juicio de valor, a su turno, requiere de un fundamento positivo que no es otro que la Constitución nacional, lo que refuerza la relación de cooperación entre los ordenamientos constitucionales e internacionales⁹⁰.

Una vez que se ha demostrado que el deber de compatibilización es imposible de cumplir sin dar preferencia absoluta a una u otra norma, el juez puede legítimamente optar entre someter enteramente su decisión a la presión del ordenamiento internacional o insistir en la defensa de la identidad constitucional nacional por sobre la internacional. En el primer caso –la sumisión voluntaria del juez a los dictados del ordenamiento no nacional- estamos ante la presencia de una forma de mutación constitucional consentida, pues un órgano estatal acepta voluntariamente transformar parte de la identidad del ordenamiento nacional sin que medie la intervención del poder de revisión constitucional. El Derecho comparado conoce de casos como éste, donde el juez nacional –incluso sin que medie reclamo alguno- se somete voluntariamente al ordenamiento internacional y con ello transforma, al menos parcialmente, la identidad constitucional nacional. Un buen ejemplo lo representa el caso *Blood*, resuelto por la *Court of Appeal* del Reino Unido. Este caso tiene su origen en la acción de *judicial review* entablada por una mujer para impugnar la decisión administrativa que le había denegado la autorización para “exportar” el esperma de su marido fallecido hacia Bélgica. A pesar de que la legislación británica prohibía la fecundación *post mortem*, la *Court of Appeal* revocó la sentencia de primera instancia invocando para ello las libertades comunitarias de prestación de servicios y al transporte de los accesorios necesarios para ello. El asunto no necesitó llegar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea para obtener una decisión a favor de los derechos fundamentales comunitarios, porque la judicatura inglesa aplicó por sí misma las libertades comunitarias fundamentales⁹¹. Naturalmente, detrás de un fallo como el mencionado hay una opción a favor de la asimilación y si esa opción cuenta con la aceptación de la comunidad, la asimilación es legítima, pues como se señaló la identidad es un elemento variable y, sobre todo, contingente.

Por el contrario, si el juez considera que tiene el deber de defender la identidad constitucional nacional por sobre la internacional, existen buenas razones que pueden esgrimirse en su favor. Éste sería el caso, por ejemplo, del compromiso de las normas constitucionales internas referidas al valor de la vida del que está por nacer, a la autonomía de los grupos intermedios o al valor de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

(i) En primer lugar, hay que recordar que una comunidad no puede ser obligada, sin revisar su Carta constitucional, a modificar o renunciar los principios fundamentales de su ordenamiento expresados en su Constitución. Incluso más, si la identidad constitucional limita el propio poder de revisión, con mayor razón detiene el poder estatuido de jurisdicción. El denominado “control de convencionalidad”, que obligaría a los estados a ejercer una suerte

⁹⁰ Vid. von Bogdandy, Armin. 2007. “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law* 6/3-4, pp. 397-413.

⁹¹ El caso es *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood* (1997). Vid. Hervey, Tamar. 1998, “Buy Baby: The European Union and Regulation of Human Reproduction”, *Oxford Journal of Legal Studies* 18/2, pp. 207 y ss; y Berge, Jean-Sylvestre. 2000, “Le droit communautaire devoyé. Le cas Blood”, *La semaine juridique* 1206, pp. 289 y ss.

de control de compatibilidad entre las normas internas y el Pacto de San José complementado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁹², encontraría entonces un límite en el compromiso de la identidad constitucional de los Estados parte. En virtud de ese límite, el juez nacional podría decidir en favor de la norma constitucional interna, en el entendido que el juicio sobre la norma más favorable no siempre es posible de ser formulado a la sola luz de argumentos procedimentales (como es el conflicto entre reserva legal y reserva reglamentaria, a propósito de la libertad de reunión), sino que puede requerir opciones de valor legítimamente radicadas en los sujetos habilitados para ejercer el poder de revisión constitucional.

La opción a favor de la norma nacional debe, en todo caso, desdramatizarse si el juez nacional se esfuerza por conciliar el sentido de las normas internas con el significado de las normas internacionales. Este esfuerzo de conciliación no debería aparecer como una decisión frontal contra el instrumento internacional. Por el contrario, debería evidenciarse como una lectura (y una aplicación) en clave nacional del derecho internacionalmente reconocido. Parafraseando la tesis de Zagrebelsky, para que la argumentación judicial se mantenga dentro de los márgenes de la buena fe internacional, el juez debería obrar con templanza o ductilidad.

(ii) En segundo lugar, es necesario hacer presente un argumento que suele preterirse en el discurso corriente sobre el papel de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Cuando se afirma la superioridad jerárquica de estos últimos sobre el ordenamiento interno, suele asumirse como verdadera una premisa que no siempre es explicitada y que casi nunca es argumentada. Me refiero a la supuesta e incontrovertible justicia natural que encarna ese Derecho internacional y, en nombre de la cual se expresarían sus artífices. La evidencia muestra, sin embargo, que la realidad puede ser otra y que tanto los instrumentos convencionales como la práctica de sus organismos de fiscalización pueden ser objeto de alguna forma de ideologización. Esta última posibilidad se dará, naturalmente, en distintos grados. Así por ejemplo, hay instrumentos relativamente neutros (como el Pacto de San José o el Pacto de derechos civiles y políticos), que contrastan con otros de mayor sensibilidad ideológica (como acontece con algunos instrumentos relacionados con los pueblos indígenas). Este argumento no puede ser profundizado en este lugar, por lo que basta con recordar que ese Derecho internacional, en la medida en que se positiva en instrumentos codificados, en opiniones o en sentencias, resulta ser un Derecho tan humano y positivo como el Derecho nacional. En consecuencia, la premisa sobre la justicia o infalibilidad natural de sus mandatos tiene un contenido tan político o ideológico como podrían ser las doctrinas de la omnipotencia del Parlamento o de la infalibilidad de la voluntad general. Si el Derecho internacional codificado o los instrumentos en que constan sus principios autorizados de interpretación son obras humanas, no se entiende el porqué ellas deberían quedar al margen de cualquier forma de control. En realidad, para ser coherentes con las premisas del Estado de Derecho, es la doctrina que libera de control a las normas internacionales la que debería soportar la carga de probar la infalibilidad de ellas. De hecho, uno de los aspectos problemáticos de la numerosa normativa que emana de los órganos de supervisión de los tratados,

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallo caso *Almonacid y otros vs. Chile* (26 de septiembre de 2006), Serie C N° 154, ap. 124.

radica en su potencial ideologización y en la ocasional falta de legitimidad y de control (*accountability*)⁹³.

(iii) La doctrina de la primacía absoluta y permanente del Derecho internacional se traduce en una suerte de deber judicial absoluto de sumisión que asume, como otra premisa, la incapacidad del juez para optar frente al Derecho internacional. En realidad, no es cierto que el juez nacional carezca de cualquier forma de dominio sobre el Derecho internacional. El juez nacional ya tiene cierto margen de opción pues, como lo demuestra la doctrina, el ordenamiento internacional de los derechos humanos es fragmentado y, por lo tanto, carece de completa garantía de coherencia⁹⁴. El examen de la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional ha dado a la prohibición de la prisión por deudas, es un buen ejemplo de ello⁹⁵. Al carecer de esa garantía de coherencia, aún dentro del lenguaje de los instrumentos internacionales es posible encontrar contradicciones que conducen al juez nacional a optar entre un instrumento u otro. Este proceso de opción y determinación del Derecho aplicable, que transforma al juez nacional en juez del Derecho internacional, es mayor cuanto más extensas y detalladas son las normas internacionales y sus instrumentos de interpretación. Luego, el dominio del juez nacional sobre el Derecho internacional es más real de lo que se cree.

(iv) La doctrina de la subordinación judicial absoluta tampoco hace justicia al carácter provisional que tiene la decisión judicial nacional. En efecto, esta última decisión no es la final, puesto que siempre puede ser revisada -una vez que se agoten las instancias internas- por una Corte internacional que discernirá si los límites invocados son o no legítimos. En ese contexto de ideas siempre existe la posibilidad de que esa Corte confirme, bajo la doctrina del margen de apreciación, la legitimidad de la tesis sostenida por el juez nacional frente a la pretensión del denunciante (en el caso interamericano, la Comisión). Es más, el permitir que el tribunal nacional se separe de las normas internacionales para dar preferencia a las nacionales que concretan la identidad constitucional, es precisamente el factor que abre la polémica para que después se pronuncie la Corte internacional. Sin esta polémica, traducida en un conflicto de identidades, la doctrina del margen de apreciación no existiría. Es también por esta razón que parece prematura la tesis que sostiene que, ante el conflicto de identidades, la única vía posible para mantener la normativa nacional es denunciar el tratado.

De lo dicho se colige que un tribunal nacional podría legítimamente renunciar a aplicar un estándar internacional de protección. Las condiciones para que ello sea posible son las siguientes: (i) que previamente se hayan agotado todas las posibilidades de conciliar los mandatos que resultan de obedecer uno y otro ordenamiento y (ii) que la resistencia al deber de sumisión favorezca una interpretación conciliadora entre ambos ordenamientos y se

⁹³ Vid. Álvarez, José, **International Organizations as Law-makers**. Oxford University Press, New York, 2005, pp. 640-645.

⁹⁴ Véase en este sentido Meron, Theodor. 1982. "Norms Making and Supervision in International Human Rights: Reflections on Institutional Order", *American Journal of International Law* 76/4, pp. 754-778. Del mismo autor, **Human Rights Law Making. A Critique of Instruments and Process**, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 133-203.

⁹⁵ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 807, de 4 de octubre de 2007, especialmente el considerando 12º.

fundamente en aquellos principios que conceden identidad al ordenamiento, es decir aquellos sin los cuales el ordenamiento pierde su individualidad, según la doctrina de la identidad constitucional. Dados estos dos supuestos, si se presenta una disputa al interior del estado al cual pertenece el tribunal, la divergencia será legítima en la medida en que no se impida al perjudicado solicitar el pronunciamiento de los órganos de control de eficacia de los tratados. Luego, serán estos últimos órganos los que, con la debida deferencia hacia el ordenamiento constitucional de los estados miembros, juzgarán si la actuación del tribunal nacional se encuentra validada por la doctrina del margen de apreciación. La cuestión sobre si esta palabra es la última o no podría entenderse del siguiente modo: será la última en términos jurídicos, pero no en términos políticos. En términos políticos, más allá de la improbable denuncia de los tratados, es siempre posible la crítica hacia las decisiones de los jueces internacionales. A partir de esa crítica, se abre la siempre presente posibilidad del *overruling* y, en definitiva, del progreso de la jurisprudencia internacional y su función cooperativa frente al Derecho interno.

Para no dejar de ser precisos es necesario recordar que, en todo caso, habría dos impedimentos que podrían detener este afán de resguardo de la identidad constitucional nacional. En primer lugar, en el caso chileno, si existe un pronunciamiento preventivo del Tribunal Constitucional que hubiese decidido a favor de la compatibilidad constitucional del instrumento cuestionado, no sería legítimo otorgar a ese instrumento una interpretación diferente que condujese a su incompatibilidad con el texto constitucional. Por otro lado, en sede de inaplicabilidad tampoco sería posible discutir la constitucionalidad de un tratado⁹⁶. En segundo lugar, el recurso a la identidad nacional no es una carta blanca a favor de la soberanía nacional ni la versión revisada de la doctrina de la razón de Estado. Como todo principio, el de respeto hacia la identidad constitucional estatal tiene sus limitaciones. Una de las principales justificaciones de su carácter limitado radica en la necesidad de evitar que se convierta en una especie de sucedáneo de la vieja doctrina de la razón de Estado o, como ha señalado alguien, vertiente formal de la vieja excusa que dice “aquí hacemos las cosas así”. En efecto, el recurso a la identidad constitucional de un Estado no puede servir para liberar del escrutinio internacional la actividad estatal interna, del mismo modo que sus fundamentos políticos subyacentes –la diversidad cultural- tampoco puede servir para cancelar la idea de la unidad en la diversidad constitucional que, en el fondo, defiende la tesis de la identidad constitucional. A estas alturas de la historia, el recurso a la soberanía nacional ya no dispone de buena prensa en la literatura política, en la internacionalista o en la constitucionalista. Como enseñaba Jacques Maritain, la doctrina de la soberanía debía ser sepultada, por razones no muy diversas a las que llevaron a Martin Krielle a afirmar que un Estado constitucional, donde existen derechos constitucionales, no es verdaderamente soberano. Por eso, el recurso a la identidad constitucional debe mantenerse dentro de los límites de lo internacional o constitucionalmente tolerable. Lo internacional y lo constitucionalmente admisible viene definido por un indicador negativo, cual es el hecho de que el estado que

⁹⁶ Véase el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (Boletín núm. 4059-07). De acuerdo al texto contenido en el Informe de la Comisión Mixta de 13 de septiembre de 2008 “[d]e conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 47B).

invoca su derecho a la diversidad no puede encontrarse por debajo de aquel mínimo común denominador bajo el cual ya no cabe hablar de tolerancia hacia la diversidad.

V. CONCLUSIONES

- a) La identidad constitucional es un concepto posible de ser reconstruido desde las teorías constitucionalista, comparatista e internacionalista. En su dimensión concreta, se trata de un rasgo relacional, contingente, variable y potencialmente “confrontacional” de los ordenamientos jurídicos nacionales.
- b) Desde la teoría constitucional, es posible reconocer la identidad constitucional en los procesos de formación de los ordenamientos constitucionales, como asimismo en las construcciones teóricas y jurisprudenciales que limitan los procesos de interpretación y reforma constitucionales.
- c) La funcionalidad constitucional de la identidad constitucional se ha desarrollado con especial vigor en aquellos procesos de integración que han evolucionado hasta el punto de promover derechos fundamentales propios o inspirados en lógicas eventualmente contrapuestas a las que inspiran a los ordenamientos nacionales. En este campo, es posible constatar que el concepto funciona tanto como justificación de los razonamientos expuestos por aquellas jurisdicciones nacionales que defienden su competencia para afirmar hasta dónde se aplica el Derecho comunitario, como también de la obligación positiva de respetar la identidad nacional de los estados.
- d) La identidad nacional se enlaza con la doctrina del margen de apreciación y el principio de subsidiariedad.
- e) La defensa de la identidad constitucional, como parte de la defensa de la Constitución, se despliega de manera ordenada limitando el campo de aplicación del Derecho no nacional de los derechos fundamentales. Esto implica que ella opera sólo una vez que fracasa el intento del juez nacional por conciliar, en el caso concreto, la norma constitucional y la internacional. En este último caso, la defensa de la identidad constitucional justifica que el juez prefiera la aplicación de las normas internas sobre las internacionales. Esta aplicación preferente, fundada en la capacidad interna para decidir en base a la propia Constitución cuál es la norma que mejor protege un derecho, debe fundamentarse evitando el lenguaje de la confrontación y prefiriendo el de la conciliación o lectura en clave nacional de los derechos de fuente internacional.
- f) La defensa ordenada de la identidad constitucional nacional se entiende sin perjuicio de las atribuciones que cada Estado reconoce a los órganos administrativos y jurisdiccionales de supervisión de los tratados, todos los cuales deben actuar conforme con la doctrina del margen de apreciación.
- g) La eficacia de la identidad constitucional es también limitada. Ella no es un sucedáneo de la razón de estado ni una versión revisada de los argumentos a favor de la soberanía estatal o el principio de no intervención.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Abbot, Frederick, Breining-Kaufmann, Christine y Cottier, Thomas (Eds.), **International Trade and Human Rights. Foundations and conceptual issues.** University of Michigan Press, Ann Arbor, 2006.
- Alcaraz, Hubert y Charpy, Chloé. 2007. "Notes sous décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006", *Revue Française de Droit Constitutionnel* 69, pp. 85-120.
- Alexander, Larry, "Introduction", en él mismo (Ed.), **Constitutionalism. Philosophical Foundations.** Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1998, pp. 1-14.
- Alston, Philip. 2002. "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann", *European Journal of International Law* 13/4, pp. 815-844.
- Álvarez, José, **International Organizations as Law-makers.** Oxford University Press, New York, 2005.
- Arai-Takahashi, Yutaka, **The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality of ECHR.** Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2002.
- Bachof, Otto, **Normas constitucionais inconstitucionais?**, trad. J. Cardoso da Costa. Livraria Almedina, Coimbra, 1994.
- Bergé, Jean-Sylvestre. 2000. "Droit communautaire et procreation assistée. Le droit communautaire devoyé. Le cas Blood", *La semaine juridique* (16 de febrero de 2000), pp. 289-303.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo, **Introducción al Derecho constitucional comparado**, trad. H. Fix-Zamudio. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- Brem, Eva. 1996. "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für Auslandisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 56, pp. 240-314.
- Camerlengo, Quirino, **Contributo ad una teoria del Diritto costituzionale cosmopolitico**, Giuffrè, Milano, 2007.
- Cançado, Antonio, **El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2006.
- Carozza, Paolo. 2003. "Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law", *American Journal of International Law* 97/38, pp. 38-79.
- Cartabia, Marta, **Principi inviolabili e integrazione europea**. Giuffrè, Milano, 1999.
- Cass, Deborah. 2001. "The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade", *European Journal of International Law* 12/1, pp. 39-7
- **The Constitutionalization of the World Trade Organization**, Oxford University Press, New York, 2005.
- Constantinesco, Léontin-Jean, **Tratado de Derecho comparado**, trad. E. Freitas Tecnos, Madrid, 1981, tomo I.
- Cottier, Thomas, Pauwelyn, Joost y Bürgi, Elisabeth, **Human Rights and International Trade**, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Crawford, James, **The International Law Commission's Articles on State Responsibility**. Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- Czarnota, A. Krygier, M. Y Sadurski, W. (Eds.), **Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders.** Springer, Dordrecht, 2006.

— **Rethinking the Rule of Law after Communism**, CEU Press, Budapest-New York 2005.

de Búrca, Gráinne: “Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law”. 1993. *Oxford Journal of Legal Studies* 13, pp. 283-319.

de Julios-Campuzano, Alfonso. 2002. “Globalización y constitucionalismo: Una lectura en clave cosmopolita”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36, pp. 151-171.

Dutheillet de Lamothe, Olivier. 2008. “Le contrôle de conventionnalité. Intervention lors de la visite à la Cour constitutionnelle italienne le 9 mai 2008”, en <www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/2008/o_dutheillet_rome_9mai2008.pdf>.

Fischer-Lescano, Andreas. 2003. “Die Emergenz der Globalverfassung”, *Zeitschrift für Auslandisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 63/3, pp. 717-760.

Fletcher, George. 1993. “Constitutional Identity”, *Cardozo Law Review* 14, pp. 737-746.

Goldsworthy, Jeffrey, “Questioning the migration of constitutional ideas: rights, constitutionalism and the limits of convergence”, en Choudhry, S. (Ed.), **The Migration of Constitutional Ideas**, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 115-141.

Gros, Héctor, **La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

Guzmán Brito, Alejandro. 2002. “El vocabulario histórico para la idea de Constitución política”, *Revista de Estudios Histórico Jurídicos* 24, pp. 267-313.

Habermas, Jürgen, **El Occidente escindido**, trad. J. López. Ed. Trotta, Madrid, 2006.

— **So, Why Does Europe Need a Constitution?**, trad. M. Everson. European University Institute-Robert Schuman Centre of Advanced Studies, Florence, 2001.

Hervey, Tamara, 1998, “Buy Baby: The European Union and Regulation of Human Reproduction”, *Oxford Journal of Legal Studies* 18/2, pp. 207-233.

Hilf, Meinhard, “Europäische Union und Nationale Identität der Mitgliedstaaten”, en Randelzhofer, A., Scholz, R. y Wilke, P., **Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz**, C.H. Beck, München, 1995, pp. 156-170.

Hobbes, Thomas, **Leviathan**, ed. a cargo de J. C. A. Gaskin. Oxford University Press, 1998.

Howse, Robert. 2002. “Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann”, *European Journal of International Law* 13/3, pp. 651-659.

Jacobsohn, Gary. 2006. “Constitutional Identity”, *The Review of Politics* 68, p. 361-397.

J.H.R y L.B. 2007. “Constitutional identity and the European Courts” (Editorial). *European Constitutional Law Review* 3, pp. 177-181.

Johansen, Robin. 1977. “The New Federalism: Toward a Principled Interpretation of the State Constitution”, *Stanford Law Review* 29, pp. 297-391.

Junior, Luiz Magno. 2007. “Utilización del Derecho constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional”, *Estudios Constitucionales* 5/2, pp. 251-274.

Keating, Michael, **Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereign Era**. Oxford University Press, Oxford, 2001.

Kelsen, Hans, **Teoría pura del Derecho**, trad. R. Vernengo. Porrúa, México D.F., octava ed., 1995.

Kumm, Mattias y Ferreres, Víctor. 2004. “The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty”, *Jean Monnet Working Paper* 5/04, parte III, pp. 1-29.

- Kumm, Mattias. 2005. "The legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysis", *European Journal of International Law* 15/5, pp. 907-931.
- Legrand, Pierre. "1997. The Impossibility of 'Legal Transplants' ", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4, pp. 111-124.
- 1999. "Sur l'analyse différentielle des juriscultures", *Revue Internationale de Droit Comparé* 4, pp. 1053-1071.
 - 1997. "Uniformità, tradizione giuridiche e limiti del Diritto", *Politica del Diritto* 1, pp. 3-26.
 - 2001. "On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unreasonable Observations", *European Review of Private Law* 1, pp. 61-76.
 - "Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists Contribute?", en Beaumont, Lyons y Walker (Eds.), **Convergence and Divergence in European Public Law**, Hart, Oxford - Portland Oregon, 2002, pp. 225-256.
- Matus, Jean Pierre. 2006. "Informe pericial ante Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre aplicación jurisprudencial del Derecho ley 2.191 de amnistía, de fecha 19 de abril de 1978", *Ius et Praxis* 12/1, pp. 275-296.
- Mayer, Franz, 2003. "The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system", Jean Monnet Working Paper 9.
- Mc Hugh, James, **Ex uno plura. State constitutions and their political cultures**. State University of New York Press, Albany, 2003.
- Mc Cradden, Christopher. 2008. "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law* 19/4, pp. 655-724.
- Meron, Theodor. 1982. "Norms Making and Supervision in International Human Rights: Reflections on Institutional Order", *American Journal of International Law* 76/4, pp. 754-778
- **Human Rights Law Making. A Critique of Instruments and Process**, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 133-203.
- Montesquieu, Charles, **El espíritu de las leyes**, edición de V. Goldschmidt, Flammarion, St-Amand, 1979.
- Moravcsik, Andrew, "The paradox of U.S. Human Rights Policy", en Ignatieff, M. (Ed.), **American Exceptionalism and Human Rights**, Princeton University Press, Princeton y Oxford 2005, pp. 147-197.
- Nogueira, Humberto, "Aspectos fundamentales de la reforma constitucional 2005 en materia de tratados internacionales", en Zúñiga, Francisco (Coord.), **Reforma constitucional**. Lexisnexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 527-547
- "Bases de la institucionalidad", en Verdugo, M., Pfeffer, E. y Nogueira, H., **Derecho constitucional**. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994, tomo I, pp. 109-140.
 - **Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**, Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 381-382.
- Núñez, Manuel, "Derechos constitucionales y pluralismo jurídico. Aproximación a los principios internacionales y constitucionales de coordinación de la diversidad", **Actas XXXV Jornadas chilenas de Derecho público. El Derecho público ante la globalización**. Edeval, Valparaíso, 2005, pp. 309-326.

- 2006. “La influencia del Derecho y de la literatura jurídica europea en la formación de la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno”, *Roma e America* 21, pp. 75-88.
- “Sobre presentes griegos e injertos extranjerizantes: uso y límites del Derecho no nacional en la jurisprudencia constitucional: el recurso al Derecho comparado”, en AA.VV. **Estudios en Homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss**, Santiago de Chile, en prensa.
- Osiatynski, Wiktor. 2003. “Paradoxes of constitutional borrowing”, *International Journal of Constitutional Law* 1/2, pp. 244-268.
- Pernice, Ingolf y Mayer, Franz. 2000. “De la constitution composée de l’Europe”, *Revue Trimestrielle de Droit Européenne* 36, pp. 623-647.
- Petersmann Ernst-Ulrich. 2002. “Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations. Lessons for European Integration Law”, *Jean Monnet Working Paper* 7, pp. 1 y ss.
- 2002. “Time for a United Nations ‘Global Compact’ for integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law* 13/3, pp. 621-650.
- 2002. “Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals more seriously: Rejoinder to Alston”, *European Journal of International Law* 13/4, pp. 845-851.
- 2003. “On ‘Indivisibility’ of Human Rights”, *European Journal of International Law* 14/2, pp. 381-385.
- Phelan, Diarmuid Rossa, **Revolt or Revolution. The constitutional boundaries of the European Community**, Round Hall Press- Sweet & Maxwell, Dublin, 1997.
- Puttler, Adelheid, comentario al “Artikel 7” TUE, en Callies, C. y Ruffert, M. (Eds.), **Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft –EUV/EGV**. Luchterhand, Kriftel, 2a ed., 2002, pp. 141-145.
- Ribera Neumann, Teodoro. 2007. “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales* 5/1, pp. 89-118.
- Rosenfeld, Michel (1994-995), “The Identity of the Constitutional Subject”, *Cardozo Law Review* 16, pp. 1049-1109.
- 2005. “The problem of ‘identity’ in Constitution-Making and Constitutional Reform”, *Benjamin Cardozo School of Law (Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies Working Paper)* 143, pp. 1-24.
- Rosenkrantz, Carlos. 2003. “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, *International Journal of Constitutional Law* 1/2, pp. 269-295.
- Rubio Llorente, Francisco y Daranas, Mariano, **Constituciones de los Estados de la Unión Europea**. Ariel, Barcelona, 1997.
- Sadurski, Wojciech. 2006. “European Constitutional Identity”, *Legal Studies Research Paper* (Sidney Law School) 6/37, pp. 1-21.
- Salinas, Hernán. 2007. “Los tratados internacionales ante la reforma constitucional”, *Revisita de Derecho público* 69, pp. 491-496.
- Scalia, Antonin y Breyer, Stephen. 2005. “A conversation between U.S. Supreme Courts justices. The relevance of foreign materials in U.S. constitutional cases: A conversation

- between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer”, *International Journal of Constitutional Law* 3/4, pp. 519-541.
- Silva, Alejandro, **Tratado de Derecho constitucional**. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2a. ed., 1997, tomo IV.
- Schapiro, Robert, 1998. “Identity and Interpretation in State Constitutional Law”, *Virginia Law Review* 84, pp. 389-457.
- Schilling, Theodor, Weiler, Joseph y Haltern, Ulrich. 1996. “Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences? The Schilling – Weiler/Haltern Debate”, *Jean Monnet Working Paper* 10/96.
- Schmid, Christoph. 1999. “The neglected conciliation approach to the ‘Final Arbiter’ conflict: A critical comment on Kumm: ‘Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?’, in this Review”, *Common Market Law Review* 36, pp. 509-514.
- Schmitt, Carl, **Teoría de la Constitución**, trad. F. Ayala. Alianza Madrid, 1996.
- Shany, Yuval. 2005. “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine?”, *European Journal of International Law* 16/5, pp. 907-940.
- Smend, Rudolf, **Constitución y Derecho Constitucional**, trad. J. M. Beneyto. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Stith, Richard y Weiler, Joseph, **Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea**. Publicaciones de la Cátedra Jean Monnet, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000.
- Teitel, Ruti. 2003. “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal* 16, pp. 75 y ss.
- Tushnet, Mark, “The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism”, en GOLDSWORTHY, J. (Ed.), **Interpreting Constitutions**, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 7-54.
- Van Drooghenbroeck, Sébastien, **La proportionalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**. Bruylants, Bruxelles, 2001.
- Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark. 1998. “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly* 47, pp. 495-536.
- Vial, Tomás y Troncoso, Claudio. 1993. “Algunas cuestiones relativas a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista Chilena de Derecho* 20/2-3, pp. 695-704.
- Vivanco, Angela, **Curso de Derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980**. Ediciones de la Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- Von Bogdandy, Armin. 2007. “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law* 6/3-4, pp. 397-413.
- Weiler, Joseph y Haltern, Ulrich. 1996. “The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass”, *Jean Monnet Working Paper* 10/96, párrafo II.
- Weiler, Joseph. 2001. “Human Rights, Constitutionalism and Integration: Iconography and Fetishism”, *International Law Forum du droit international* 3, pp. 227-238.
- **The Constitution of Europe**. Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, **Introduzione al Diritto comparato**, trad. B. Pozzo. Giuffrè, Milano, 1992.

JURISPRUDENCIA CITADA.

a) CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile (caso N° ARB/01/7 de 25 de mayo de 2004).

Pey Casado y Fund. Salvador Allende c. República de Chile (caso N° ARB/98/2, 8 de mayo de 2008).

Ambas disponibles en:

<[### b\) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal>ListConcluded></p></div><div data-bbox=)

Informe 130/99, caso 11.863, *Arturo Aylwin y otros v. Chile* (27 de diciembre de 1999).

Informe 30/93, caso 10.804, *J. Efraín Montt v. Guatemala* (12 de octubre de 1993).

Informe 25/01, caso 12.144, *Álvaro Robledo v. Nicaragua* (5 de marzo de 2001).

Informe 43/05, caso 12.219, *Daniel Sahli y otros v. Chile* (10 de marzo de 2005).

Estos documentos están disponibles en <<http://www.cidh.org>>.

c) CONSEJO CONSTITUCIONAL FRANCÉS

Decisión 2006-540 (27 de julio de 2006), disponible en <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540/2006540dc.htm>>

d) CORTE DE ARBITRAJE DE BÉLGICA

Sentencia *Européennes v. Hermans-Jacobs y Heuvelmans-van Iersel*, 3 de febrero de 1994.

e) CORTE CONSTITUCIONAL DE ITALIA

Sentencia núm. 98 de 27 de diciembre de 1965, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Procesuale*, 1965, pp. 126 ss.

Sentencia núm. 183 de 27 de diciembre de 1973, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Procesuale*, 1974, pp. 508 s

Sentencia núm. 170 de 8 de junio de 1984, disponible en <<http://www.giurcost.org/decisioni/1984/0170s-84.html>>

Sentencia núm. 232 de 21 de abril de 1989, en *Raccolta XCI* (1989), pp. 369 y ss.

f) CORTE SUPREMA DE DINAMARCA

Sentencia *Carlsen y otros v. Rasmussen* (6 de abril de 1998), en OPPENHEIMER, Andrew (Ed.), **The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases**. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, vol. 2, pp. 174 y ss.

g) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia *Almonacid y otros v. Chile* (26 de septiembre de 2006), Serie C N° 154.

Sentencia *Lori Berenson Mejía v. Perú* (25 de noviembre de 2004), Serie C N° 119.
Sentencia *Olmedo Bustos y otros v. Chile* (5 de febrero de 2001), Serie C N° 73.
Opinión consultiva OC 4/84, sobre propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica (19 de enero de 1984), Serie A N° 4
Sentencia asunto *Viviana Gallardo* (decisión de 13 de noviembre de 1981). Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr>>
Sentencia asunto *Herrera Ulloa v. Costa Rica* (2 de julio de 2004), Serie C N° 107.

h) CORTE DE APELACIONES, SECCIÓN CIVIL DE GRAN BRETAÑA (COURT OF APPEAL).

R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood (1997).
Disponible en All ELR (All England Law Reports, Lexisnexis-Butterworths) 2, 1997 (6 de febrero), pp. 687-704.

i) QUEEN'S BENCH DIVISION (DIVISIONAL COURT), TRIBUNAL SUPERIOR DE INGLATERRA Y GALES

Thoburn v. Sunderland City; Hunt v. London Borough of Hackney; Harman y Dove v. Cornwall County Council; Collins v. London Borough of Sutton (18 de febrero de 2002), disponible en <<http://www.new-frontiers.org/classicdocs/metricmartyrjudgement.pdf>>

j) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

Sentencia de 15 de enero de 1958, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 7, pp. 198 y ss.

Sentencia de 29 de mayo de 1974, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 37, 271, pp. 271 y ss.; trad. inglés en Common Market Law Reports 2, 1974, pp. 540 y ss.; versión castellana en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 58, 1986, pp. 246 y ss.

Sentencia de 12 de octubre de 1993, versión en inglés de la sentencia disponible en OPPENHEIMER, Andrew (Ed.), **The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases**. Cambridge University Press, Cambridge, 1994, vol. 1, pp. 527 y ss.

l) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Sentencia rol núm. 807 de 4 de octubre de 2007.

Sentencia rol núm. 976 de 26 de junio de 2008.

Ambas disponibles en <<http://www.tribunalconstitucional.cl>>

m) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Asunto 34/79, *Regina / Maurice Henn y John Frederick Darby* (14 de diciembre de 1979). Disponible en inglés en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979J0034:EN:HTML>>
Asunto C- 112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge / Austria*, (12 de junio de 2003).

Asunto C-273/97, *Angela M. Sirdar / The Army Board y Secretary of State for Defence* (26 de octubre de 1999).

Asunto C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* (4 de febrero de 2004).
Sentencias disponibles en castellano en <<http://curia.europa.eu>>