

## EL USO DEL DERECHO Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA EN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE: 2006-2010\*

### *USE OF FOREIGN LAW AND JURISPRUDENCE BY THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT: MORE COMPARATIVE LAW AND LESS INTER-JUDICIAL DIALOGUE*

LILIANA GALDÁMEZ ZELADA\*\*

**RESUMEN:** Este trabajo analiza el uso del Derecho y jurisprudencia extranjera por parte del Tribunal Constitucional chileno, su incidencia en los derechos fundamentales y en la delimitación de las relaciones con el legislador.

**Palabras clave:** diálogo interjudicial, derecho comparado, jurisprudencia Tribunal Constitucional.

**ABSTRACT:** This article analyses the Chilean Constitutional Court's use of foreign law and jurisprudence, as well as its incidence on fundamental rights and on the clarification of its relations with the Parliament.

**Key words:** judicial dialogue, comparative law, constitutional jurisprudence.

### 1. PLANTEAMIENTO

En su actividad jurisprudencial el Tribunal Constitucional chileno recurre con frecuencia a diversas fuentes del Derecho para elaborar sus juicios de constitucionalidad, una fuente de creciente desarrollo es el Derecho y la jurisprudencia extranjera.

En el clásico trabajo del profesor Peter Häberle, *Métodos y principios de interpretación constitucional*. Un catálogo de problemas<sup>1</sup>, presentado en 1999 en la Universidad de Granada, a los cuatro métodos de interpretación constitucional: gramatical, histórico, el contexto y el "telos" de la norma, Häberle propuso incorporar un quinto: el método de la *comparación constitucional cultural*, que "se revela especialmente apropiada para el pensamiento científico cultural: en el plano de la comparación jurídica europea, así como en el plano de la comparación jurídica 'interna'"<sup>2</sup>. En este sentido señaló: "El pensamiento

---

\* Este artículo es resultado de las investigaciones del proyecto FONDECYT 1110016 2011-2013 "Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre utilización del Derecho Constitucional Extranjero y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus Implicancias para el Parámetro de Control de Constitucionalidad" del que soy coinvestigadora.

\*\* Profesora del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctora en Derecho, Universidad de Valladolid

<sup>1</sup> HÄBERLE (2010).

<sup>2</sup> HÄBERLE (2010) p. 387.

científico cultural puede así, en la comparación jurídica (constitucional) en parte justificar y esclarecer las diferencias, en parte conducir a afinidades”<sup>3</sup>.

El uso de la técnica del Derecho comparado, más recientemente, ha dado origen a lo que la doctrina ha llamado diálogo interjudicial. En este sentido Burgorgue-Larsen (2009): “Se puede considerar que el derecho constitucional europeo o el “constitucionalismo europeo” tiene que ver con la creación de un *ius commune* tanto en lo que concierne a las modalidades de ejercicio del poder como a la protección de los derechos fundamentales en la Europa de los veintisiete para, al fin y al cabo, limitar el poder político por la fuerza del Derecho”<sup>4</sup>.

Podemos afirmar entonces, que lo que inicialmente se planteó como un uso extendido de la técnica del método comparado derivó con el correr de los años y el desarrollo de procesos de integración como el europeo, en el denominado dialogo judicial. Dicho diálogo se distingue del uso de la técnica del Derecho comparado por la existencia de una suerte de Derecho común, más allá de lo que Häberle llama la *universalización* del Derecho<sup>5</sup>.

Queremos decir, y esto se debe recalcar, que donde más claramente se perfila este Derecho común es en el ámbito constitucional europeo, marcado ya no solo por el proceso de integración político sino también por la Carta Europea de Derechos Fundamentales que adquirió fuerza vinculante a partir del Tratado de Lisboa firmado en 2007. En definitiva, este proceso de integración avanza un paso más allá de la universalización.

En este trabajo asumiremos pues, que la distinción entre diálogo y Derecho comparado se encuentra en la creación de un Derecho común, más factible en la lógica del diálogo interjudicial.

De manera que la primera pregunta que nos planteamos es si acaso la actividad que desarrolla el Tribunal Constitucional cuando invoca Derecho y Jurisprudencia extranjera está en sintonía con el uso comparado del Derecho (universalización) o se enmarca en la creación de un diálogo (Derecho común). En nuestra opinión y como se podrá ver más adelante, la actividad del TC se explica mejor en el uso la técnica del Derecho comparado.

En efecto, aunque la actividad que el TC lleva a cabo para la delimitación de los contenidos dogmáticos y orgánicos de la Constitución dejó de ser una actividad desarrollada única y exclusivamente en consideración a normas y fuentes del Derecho nacional, esta actividad no le lleva a formar parte de un Derecho común latinoamericano o a contribuir como un actor relevante en su creación. Para ello sería condición que la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH fueran asumidas por el TC, no en relación a casos concretos, sino como una regla interpretativa de aplicación constante<sup>6</sup>. Además, esta afirmación se basa en el hecho de que las fuentes extranjeras más citadas por nuestro tribunal no provienen del entorno latinoamericano sino del Derecho constitucional europeo.

<sup>3</sup> HÄBERLE (2010) p. 389.

<sup>4</sup> BURGORGUE-LARSEN (2009).

<sup>5</sup> En este sentido véase: E.J SCHWÖBEL (2011).

<sup>6</sup> Véase GALDÁMEZ (2011).

Ahora bien, es importante introducir una distinción entre la invocación del DIDH y el Derecho extranjero. Tal vez solo en el primer caso estemos en condiciones de descubrir la existencia de un Derecho común. Dicho esto, debemos tener presente que en este trabajo nos centraremos en el uso el Derecho y jurisprudencia extranjeros, sin embargo, el TC chileno invoca, junto a diversas otras fuentes del Derecho, a la Convención Americana de Derechos Humanos pero no recurre con la misma intensidad a jurisprudencia de la Corte IDH, ni tampoco se refiere a las sentencias tribunales constitucionales del entorno cuando interpretan dicha convención. En cualquier caso esta materia es motivo de una investigación autónoma del trabajo que se presenta ahora.

Como hemos dicho, la creación de un Derecho común es lo que está ocurriendo en el ámbito de la Unión Europea donde existe un ordenamiento supranacional integrador que anima a los jueces a invocar los criterios desarrollados por otros jueces europeos en la interpretación de tratados e instrucciones de aplicación en toda la Unión. Siguiendo con Burgorgue-Larsen, precisamente el título de su trabajo: Formación del un Derecho constitucional europeo, nos lleva a plantear una primera prevención que nos aleja de la fórmula del espacio constitucional común.

Analizaremos el uso del Derecho y jurisprudencia extranjera por parte del TC, referencias que aunque limitadas desde el punto de vista cuantitativo, tienen mayor significado cuando se analiza el contenido de esas invocaciones. Y, dicho sea de paso, nuestro TC hace más referencias al Derecho español y Alemán que a las jurisdicciones de nuestro entorno cercano. Ya volveremos sobre esta cuestión.

La invocación de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales y doctrina extranjera es una práctica que va de menos a más en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. En este sentido afirma Jorge Correa Sutil: “La jurisprudencia del TC en materia de igualdad, iniciada en la primera mitad de la década de los 80, tuvo un enriquecimiento conceptual significativo a partir del año 2006, en que el Tribunal empezó a fallar causas de inaplicabilidad. Cuando decimos enriquecimiento conceptual, nos referimos a que el Tribunal, tomando criterios empleados por doctrinas de influencia universal y particularmente los en boga en tribunales constitucionales europeos, declaró cuáles eran sus estándares para examinar si una norma infringía o no el principio de igualdad”<sup>7</sup>.

Este trabajo analiza el uso del Derecho y jurisprudencia extranjera desde el punto de vista cuantitativo-metodológico y cualitativo.

## 2. ANÁLISIS CUANTITATIVO Y METODOLÓGICO

Si bien desde el punto de vista cuantitativo la invocación de jurisprudencia y Derecho extranjero no es significativa, un estudio de los contenidos de esas invocaciones, los ámbitos que cubre y los efectos de las sentencias, indican que se trata de una actividad con desarrollo creciente y de alcances significativos.

---

<sup>7</sup> CORREA (2011) p. 98.

El estudio que se presenta enseguida tiene como punto de partida el año 2006, que es cuando se pone en marcha e implementa la reforma constitucional de 2005 en la que el Tribunal Constitucional amplía el número de sus magistrados y se aumentan sus competencias<sup>8</sup>.

Para partir, debemos señalar que la invocación del Derecho y jurisprudencia extranjera en ocasiones es blanda, poco fundada (por ejemplo, roles: 986, 821, 740, 1029, 1140, 1345, 1204, 1404); también podemos encontrar referencias a sentencias de Tribunales Constitucionales donde se indica la fecha de la sentencia pero no se agrega un número de identificación (ejemplo Rol 1588); que refuerzan los argumentos del TC, pero no se reproducen los párrafos donde se introducen los contenidos que están en sintonía con la decisión del TC.

Asimismo, la invocación se produce mayoritariamente en la sentencia y en algunas ocasiones en votos particulares (previnientes o disidentes). Por otra parte, la mayoría de estas referencias invoca jurisprudencia (en total 35 sentencias) y también en algunos casos dicha referencia viene asociada a la invocación del Derecho extranjero.

Hemos distinguido dos etapas o momentos en el uso de la técnica del Derecho comparado, una primera etapa de menor intensidad, con escasas referencias al derecho extranjero, y una segunda donde aumenta la frecuencia de uso del Derecho comparado.

## 2.1 AÑOS 2006-2007: LA ETAPA DE LAS REFERENCIAS ESCASAS AL DERECHO Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

En el año 2006, en un total de 80 sentencias no existen referencias significativas al derecho ni a la jurisprudencia extranjera, salvo un caso en que no existe pronunciamiento por empate en los votos y en tres sentencias en votos concurrentes roles: 718, 759, y 773.

En el año 2007 se comienza a utilizar más derecho extranjero. De un total de 204 sentencias: "en tres sentencias utilizan normas de derecho constitucional extranjero de Estados Unidos, Alemania, España, Francia e Italia" (roles 718, 759, 773).

Una sentencia se refiere a concepciones sobre justicia administrativa en el derecho positivo de diversos estados en referencia abstracta y sin precisión (Rol 616). Respecto de las citas de jurisprudencia de otros tribunales constitucionales puede establecerse: doce sentencias citan jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (roles No 519, 527, 549, 576, 616, 664, 718, 759, 773, 783, 786, 790); en tres sentencias cita jurisprudencia

---

<sup>8</sup> "Se ha reconocido que el funcionamiento del Tribunal Constitucional chileno ha pasado por 3 etapas: La primera (1970-1973) obedece al primer Tribunal de 5 miembros creados por la reforma constitucional de 1970, el cual alcanzó a emitir solo 17 pronunciamientos antes de ser disuelto, en noviembre de 1973, producto de la convulsión política y social por la que atravesó el país en ese tiempo. La segunda etapa (1981-2005) se inicia con la instalación, en 1981, del Tribunal de 7 miembros creado por el Capítulo VII de la Constitución de 1980, el cual ha funcionado interrumpidamente desde entonces, pero con sustanciales cambios a su composición y atribuciones a partir de la reforma constitucional de agosto de 2005. El 26 de febrero de 2006 inicia su vigencia esta reforma y, con ella, la tercera etapa del Tribunal Constitucional que funciona en la actualidad compuesto de 10 miembros y con un significativo aumento de sus competencias en relación con las que le había otorgado el texto original de la Carta Fundamental". PEÑA (2008).

de la Corte Constitucional alemana (roles N°s 616, 786, 790); en tres sentencias cita jurisprudencia del Consejo Constitucional francés (roles N°s 616, 664 y 786); en dos sentencias cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú (roles N°s 718 y 786); en dos cita jurisprudencia de la Corte Suprema de México (roles 718 y 780); en dos sentencias cita jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ( roles N°s 790 y 804)”<sup>9</sup>.

En definitiva: 12 referencias al TCE; 3 a la Corte Constitucional alemana; 3 al Consejo Constitucional francés; 2 al Tribunal Constitucional Perú; 2 a la Corte Suprema México; 2 a la Corte Constitucional Colombia todas en un total de 204 sentencias.

## 2.2 AÑOS 2008-2009-2010: USO CRECIENTE DE LA TÉCNICA DEL DERECHO COMPARADO

Las citas al Derecho y jurisprudencia extranjera que se producen en 2008 son en primer lugar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Corte Suprema Italiana, el Consejo de Estado francés, así como a jurisprudencia constitucional de Costa Rica, Ecuador, Colombia, de la Corte Suprema Argentina y Estados Unidos.

De un total de 280 sentencias es citada jurisprudencia y normas extranjeras en 17. Las referencias al Derecho y jurisprudencia extranjero son: España:13 referencias (roles 755, 986, 821, 834, 986, 946, 1170, 1138, 1216, 1133, 1065, 1029, 1144); Alemania: 10 referencias (roles 755, 986, 1273, 821, 834, 1170, 1138, 1133, 1065, 1029); Francia 7 referencias (roles 755, 986, 821, 1216, 1065, 993, 740); Italia 6 referencias (roles 755, 986, 821, 968, 1065, 1029); Colombia 3 referencias (roles 755, 968, 1138); Costa Rica 3 referencias (roles 755, 740, 1138); Ecuador, Argentina y Estados Unidos 1 referencia, todas en rol 740.

La mayor parte de estas referencias ya no se encuentran en votos particulares sino en la sentencia, en votos concurrentes estas invocaciones se producen en al menos 2 casos.

En el año 2009 es invocada jurisprudencia y Derecho extranjero en 12 sentencias de un total 186 fallos dictados en el período.

El Derecho y la jurisprudencia extranjera más citada proviene de los siguientes países: España: 11 referencias (roles 1140, 1217, 1173, 1361, 1250, 1345, 1204, 1247, 1254, 1288, 1349); Alemania, 6 referencias (roles 1140, 1217, 1361, 1204, 1254, 1288); Italia, 4 referencias (roles 1140, 1173, 1345, 1254); Francia, 3 referencias (roles 1140, 1361, 1254); Colombia, 3 referencias (roles 1140, 1173, 1254); Costa Rica, 2 referencias (roles 1140, 1254).

Se invoca de preferencia jurisprudencia (en 12 ocasiones) y en menor medida: Derecho extranjero (tres referencias). Las referencias a jurisprudencia son mayoritariamente fundadas y solo en 3 casos se trata de referencias vagas. Dichas relaciones se producen mayoritariamente en los considerandos de la sentencia y solo en dos casos esta referencia se produce en votos disidentes/previnientes.

En el año 2010 es citada jurisprudencia y derecho extranjero en 16 sentencias de un total de 218.

<sup>9</sup> NOGUEIRA (2012).

Los ordenamientos y jurisprudencia más invocados son: España, 12 referencias (roles 1535, 1445, 1365, 567, 1414, 1463, 1413, 1399, 1518, 1576, 1409, 1824); Alemania, 10 referencias (roles 1535, 1365, 1273, 1348, 1404, 1414, 1399, 1576, 1419, 1824); Argentina, 4 referencias (roles 1588, 1273, 1348, 1576); Perú, 2 referencias (roles 1588, 1576); Ecuador, Italia, Francia, México: 1 referencia (roles 1588, 1576 y 1576 respectivamente), y una genérica referencia a las "constituciones europeas". De preferencia se invoca la jurisprudencia y excepcionalmente incluso normas provenientes del Derecho extranjero.

En definitiva, una revisión de esta actividad nos muestra su evolución, su creciente desarrollo la persistencia de algunos problemas derivados de referencias vagas, poco claras o no debidamente reproducidas.

### 2.3 USO DEL DERECHO Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA: METODOLOGÍA

En cuando al método que el TC emplea a la hora de hacer referencias a jurisprudencia y Derecho extranjero se aprecian algunos problemas, como consta en los fallos que se analizarán en el siguiente apartado. En primer lugar, que en ocasiones el TC hace referencia a trabajos de autores que sistematizan la materia en controversia, por ejemplo la gratuidad o no de la defensa en juicio (Rol 755), sin que quede suficientemente claro si el tema ha sido sistematizado por el TC o si se trata de estudios académicos en la materia. Así por ejemplo, cuando hace referencia a jurisprudencia, en verdad está citando un texto que a su vez remite o reproduce jurisprudencia extranjera. Lo lógico en estos casos es que el TC recurriera directamente a la fuente, a la sentencia o la norma del TC extranjero y no a la doctrina, a la que podría recurrir, pero aclarando que está invocando normas o jurisprudencia sistematizadas por la doctrina.

Asimismo, siguiendo con la causa Rol 755, el TC cita un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e indica fecha, luego caso Van der Músele, pero no identifica el país condenado, siendo por tanto incompleta. También encontramos casos en los que se citan sentencias con errores en cuanto al año de su emisión, por ej. Rol 1216, sentencia de 30 de octubre de 2008, considerando 8, donde se hace a su vez referencia a la TCE 101/2008, cuando en verdad es una sentencia de 1983 de fecha 18 de noviembre y no de 24 de julio de 2008 como afirma la sentencia.

## 3. EL DERECHO COMPARADO COMO CRITERIO PARA LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: ALGUNOS DERECHOS EN JUEGO

Las materias donde el TC hace referencia al Derecho y jurisprudencia extranjera, pueden clasificarse en invocaciones para definir asuntos relacionados con la parte dogmática, y otros para aclarar cuestiones orgánicas de la Constitución. Los primeros vinculados a Derechos fundamentales y los segundos con la definición y límites de las relaciones entre el TC y el legislador.

En cuanto a los ámbitos dogmáticos, las referencias se producen en relación a: igualdad y no discriminación; vida; libertad de opinión y rectificación; tutela judicial efectiva; derecho al honor; otras cuestiones como la vigencia del solve y repete, la constitucional-

dad de los registros de ADN y limitaciones al derecho de propiedad. De estos derechos, es en el ámbito del principio de igualdad y no discriminación donde se encuentra el mayor número de referencias a la jurisprudencia extranjera (por ej. roles 755, 986, 1273, 834, 1170, 1138, 1133, 1140, 1217, 1173, 1345, 1204, 1254, 1340, 1535, 1365, 1273, 1348, 1414, 1399, 1419-09-INA, 1824) .

Cabe advertir que el Derecho comparado es una de las fuentes auxiliares a la que el TC recurre en conjunto con otras, como la doctrina, el sistema interamericano y europeo de protección a los derechos humanos, tratados del sistema regional y universal de protección de los derechos humanos y sus órganos. Entre estas fuentes no es posible establecer un orden jerárquico o de prelación, sin embargo podemos afirmar que la jurisprudencia constitucional extranjera es un aporte significativo, por ejemplo, en la definición de problemas asociados a la igualdad ante la ley.

Revisaremos las invocaciones al Derecho y jurisprudencia extranjeras en el ámbito de los derechos fundamentales y prestaremos, por su mayor frecuencia e incidencia, mayor atención a los contenidos asociados a la igualdad ante la ley.

### 3.1 DERECHO A LA VIDA

#### *A.- A propósito del inicio de la vida: Rol 740 sentencia de 18 de abril de 2008<sup>10</sup>.*

De interés nacional fue la sentencia sobre protección del derecho a la vida, dictada por el TC a raíz del control de constitucionalidad del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud que disponía la distribución gratuita en centros de salud públicos de la “píldora del día después”<sup>11</sup>. En esta el TC resolvió, ante la duda razonable que el principio activo levonorgestrel afectara la vida del nasciturus, la inconstitucionalidad de las normas sobre regulación de la fertilidad que integraban el DS 48 del Ministerio de Salud en la parte que se refiere a la anticoncepción de emergencia.

En este caso, también fueron invocados diversos tratados de derechos humanos en diversos sentidos: para reforzar argumentos y también para delimitar su titularidad, dado que el inicio de la vida no fue definido en la Constitución de 1980.

<sup>10</sup> Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.

<sup>11</sup> “Lo que ha de resolver, entonces, esta Magistratura, es la constitucionalidad de las normas contenidas en un acto administrativo que obliga a los organismos, instituciones y funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, tal como se indica en el N° 4 del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, conforme al alcance con que la Contraloría General de la República tomó razón de dicho decreto. Se trata, como puede apreciarse de su sola lectura, de normas infraconstitucionales dirigidas a aconsejar, prescribir y distribuir gratuitamente, por parte de órganos del Estado, un fármaco, para cuya decisión, por cierto, este Tribunal no puede dejar de considerar los eventuales efectos nocivos que en el derecho a la vida de las personas, desde su concepción, pueda producir su ingesta”. Rol 740 –CDS, Considerando Décimo.

Los Ministros recurrieron además a la jurisprudencia comparada para concluir que el nasciturus es persona desde la concepción<sup>12</sup>. También en su voto disidente, el Ministro Vodavovic, hizo referencia a la controversia jurisprudencial ocurrida en Estados Unidos en relación al inicio de la vida, en la que la Corte Suprema Federal llama a no especular con una respuesta en la que científicos, filósofos y teólogos no están de acuerdo.

Como puede verse, en este caso la jurisprudencia extranjera permite reforzar argumentos que conducen a distintas conclusiones en la determinación del inicio de la vida, lo que da cuenta de la complejidad de este debate.

Considerando 41.- “Jurisprudencia de otros tribunales del continente que se ha expresado en términos similares a los del TC en esta sentencia:

Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia de 15 de marzo de 2000: sostuvo que “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico” (citada en el Informe en Derecho de los Profesores Alejandro Silva Bascañán y Francisco Cumplido Cereceda acompañado por la Fundación de Estudios Evangélicos).

Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en fallo de 5 de marzo de 2002, en los autos sobre amparo incoados por la entidad Portal de Belén, ha señalado que: “En la causa T.S.”, antes citada, este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes) (considerando 12°);

Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake (voto disidente):

“a partir del caso *Roe v/s Wade*, de los años 1970, en Estados Unidos, estudiado mundialmente, encontramos jurisprudencia acerca de las alegaciones sobre el inicio de la vida a partir de la concepción y respecto de los alcances de la autonomía reproductiva de la mujer. En dicho caso el Estado de Texas alegó que el inicio de la vida era la concepción y la Corte Suprema Federal, en relación a la posibilidad de establecer en sede jurisdiccional el momento del inicio de la vida, señaló que ‘si los médicos, los teólogos o los filósofos son incapaces de ponerse de acuerdo al respecto, los tribunales no están en condiciones de especular con la respuesta’”.

---

<sup>12</sup> “Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente– señala, en su artículo 4.1, que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. De esta manera, este tratado internacional –que forma parte del ordenamiento jurídico chileno– resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquella que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución... Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas–, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción Rol 740 –CDS, Considerandos Quincuagésimo tercero y Quincuagésimo cuarto.

### *B.- A propósito de la educación sexual y el Derecho a la Vida.*

Sentencia Rol 1588 de 14 de enero de 2010<sup>13</sup>. En el marco del control de constitucionalidad un proyecto de ley sobre información en materia de regulación de la fertilidad, el TC consideró que el proyecto no vulneraba la Constitución y que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza no son derechos absolutos.

En este caso en su voto previniente, la Ministra Marisol Peña recurre a la jurisprudencia comparada para reafirmar que el Derecho a la educación, como todos los derechos, está sujeto a límites intrínsecos y extrínsecos.

Considerando 9°. “Que no se trata, en consecuencia, de que la facultad que viene confiriendo el inciso cuarto del artículo 1° del proyecto de ley en examen a los establecimientos educacionales pueda ejercerse en forma discrecional, de acuerdo a “principios y valores” que cada institución interprete a su antojo. Se trata, por el contrario, de una formación, en materia sexual, que dé cuenta, con objetividad y responsabilidad, del estado actual de la ciencia y de la técnica en estas materias poniendo, entonces, de relevancia, el eventual atentado contra el derecho a la vida –el más básico y nuclear de los derechos humanos– que la utilización de ciertos métodos contraceptivos pueda importar, tal y como quedó reflejado en la decisión adoptada por este Tribunal en el Rol N° 740, compartida, asimismo, por otras magistraturas de la misma envergadura como la Corte Suprema de Argentina (sentencia de 5 de marzo de 2002), el Tribunal Constitucional del Ecuador (sentencia de 23 de mayo de 2006) y, recientemente, el Tribunal Constitucional del Perú (sentencia de 16 de octubre de 2009).

### 3.2 LIBERTAD DE OPINIÓN Y RECTIFICACIÓN

Rol 1247, sentencia de 14 de julio de 2009<sup>14</sup>. En cuanto a la libertad de opinión e información y sus límites, el TC valora positivamente el derecho de aclaración y rectificación y lo considera *una parte del proceso de comunicación, expresión o información libre en la sociedad democrática*, por tanto que es coherente con tal derecho y no representa una forma de censura. Para fortalecer sus argumentos el TC recurre al Tribunal Constitucional español.

Considerando 19: “Que se trata de un derecho que se vincula no solo al honor y la honra de la persona sino que también se relaciona con la veracidad de la información. Por lo mismo, en cuanto a su alcance, el Tribunal Constitucional español, en sentencia fechada el 22 de diciembre de 1986, concluyó que “el derecho de rectificación así entendido, además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos aludidos, supone un complemento a la garantía de la opinión pública que establece también el citado precepto

<sup>13</sup> Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, “sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad”. Se solicita se ejerza el control preventivo de constitucionalidad respecto del inciso cuarto del artículo 1°. El TC declara constitucional el artículo remitido.

<sup>14</sup> Requerimiento solicitado por el Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago a fin de que se examine la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 24 y 27 de la Ley N° 19.733 (sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo) por ser presuntamente contrarios a los artículos 19, Nro 3 y 83 de la Constitución, en los actuados relacionados en la causa RIT 7200-2008, RUC 0810019079-7 en los intervinientes CODELCO en contra de CHILEVISION S.A.

constitucional, ya que el acceso a una versión diferente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo de la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege”.

### 3.3. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010<sup>15</sup>. En este caso, en el voto en contra del Ministro Juan Colombo consideró que la Constitución chilena reconoce y ampara el derecho a la tutela judicial efectiva, y considera que la dilatación o excesiva limitación de los supuestos para acceder a la jurisdicción conducen a la indefensión de la tutela judicial, para elaborar sus argumentos se apoya entre otros, en el Tribunal Constitucional español.

Considerando 11: “Que, como razonara este Tribunal en su sentencia Rol N° 815, las constituciones europeas, inmersas en las corrientes predominantes del constitucionalismo de nuestros tiempos, consagran el derecho fundamental de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos, destacándose, en esta específica línea de garantismo, lo dispuesto por la Carta española, en su artículo 24.2. Dicha disposición ha generado una abundante jurisprudencia que, en lo que interesa, permite concluir que los derechos de la víctima y del imputado en el proceso penal deben gozar de garantías efectivas equivalentes y que su custodio es el juez. Es en esta línea de pensamiento que la Constitución chilena, más allá de las normas citadas de su texto y de las interpretaciones que de ellas se han hecho, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, lo que incluye, natural y especialmente en el caso de los procesos penales, al Ministerio Público, por mandato constitucional expreso y además por la naturaleza propia de las funciones que tiene, según se desprende de los artículos 1º, 5º, 6º, 19, números 2º, 3º y 26º, y 83 de la Carta Fundamental, debiendo potenciarlos con sus actos realizados en el marco de su competencia”.

### 3.4. DERECHO AL HONOR

Sentencia Rol 1419-09-INA. Santiago, nueve de noviembre de dos mil diez<sup>16</sup>. El Tribunal recurre también en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos para fortalecer el carácter funda-

---

<sup>15</sup> Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Eduardo Sánchez Eyquem respecto de los artículos 230, inciso primero, 231, 237, incisos primero, segundo, tercero letra a), cuarto, quinto, séptimo y octavo, y 240, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en el proceso por el delito de lesiones graves, RIT N° 6118-2009, RUC N° 0900447112-9, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago. Se rechaza el requerimiento: “atendido que se ha efectuado un reproche de inconstitucionalidad en abstracto respecto de disposiciones que no tienen la aptitud de ser decisorias y de producir efectos contrarios a la Constitución Política en el estado actual del proceso penal pendiente”.

<sup>16</sup> “Con fecha 23 de junio de 2009... interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil, en la causa criminal actualmente pendiente en casación en el fondo ante la Corte Suprema, bajo el Rol de ingreso N° 7.914-2008.

Indica el requirente, como antecedentes de la gestión pendiente, que la causa se inició el año 1996 por querrela criminal por él interpuesta ante el ex Quinto (actual Trigésimo Cuarto) Juzgado del Crimen de Santiago... por los delitos de injurias graves y con publicidad, y calumnia”.

mental del derecho a la honra. Siguiendo con esta lógica también recurre a la jurisprudencia extranjera.

Considerando 17: “Que la Constitución española señala en su artículo 18.1: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Se trata de “tres derechos fundamentales que son consecuencia del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, integrándose, por su naturaleza, dentro de los denominados derechos de la personalidad”; además, “se conciben como irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, siendo nula la renuncia a los mismos” (José Fernando Merino Merchán y otros: Lecciones de Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 230).

Por su parte, la Ley Fundamental alemana incluye la protección del honor dentro del derecho a la personalidad, establecido en el artículo 2.1, pero se refiere expresamente en el artículo 5.2 al derecho al honor personal como limitación del derecho de expresión”.

### 3.5. INSTITUCIONES Y PROBLEMAS DOGMÁTICOS

#### A. - Vigencia del *Solve et repete* en Chile

Rol 968, sentencia de 10 de julio de 2008<sup>17</sup>. El principio latino *Solve et repete* significa paga y reclama, en este caso el TC es llamado para analizar la constitucionalidad de dicho principio en nuestro ordenamiento y concluye que esta institución es contraria a las normas de la Constitución. Declara inaplicable el artículo 474 de Código del Trabajo, en este sentido dice: “en el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho a la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible a la luz de lo dispuesto en el N° 26 del artículo 19 de la Carta”.

En su análisis de constitucionalidad el TC invoca Derecho y jurisprudencia comparada.

Considerando 22. “Que también desde hace unas décadas la jurisprudencia europea abordó la constitucionalidad del privilegio que nos ocupa, desde luego debe destacarse que mediante Sentencia de 24 de marzo de 1961, la Corte Constitucional de Italia declaró la ilegitimidad constitucional de una norma contenida en la Ley de 20 de marzo de 1865, por estimar que el principio *solve et repete* infringía los artículos 3, 24 y 113 de la Constitución italiana. Las aludidas normas constitucionales consagran, respectivamente, la igualdad ante la ley (Artículo 3°), el libre acceso a la justicia y el derecho a la defensa jurídica (Artículo 24) y el derecho a recurrir de los actos de la Administración (Artículo 113).

Por su importancia en el tema central de esta sentencia, se transcribirán a continuación las consideraciones formuladas en dicha oportunidad por la Corte Constitucional de Italia: “La cuestión que constituye el objeto del presente requerimiento ha dado lugar

<sup>17</sup> Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Asesoría y Servicio Empresarial Limitada respecto del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, en la causa Rol N° 806-07, caratulada “ASESORÍA Y SERVICIO con DIRECCIÓN DEL TRABAJO” del 5° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

hace un buen tiempo a discusiones y decisiones en la doctrina y jurisprudencia, que han planteado diversos modos de calificar el instituto del *solve et repete*. La tarea del Tribunal Constitucional no es encuadrarlo en una u otra categoría dogmática, sino solo determinar si puede considerársele constitucionalmente legítimo respecto a las normas contenidas en los artículos 3, 24 y 113 de la Constitución, tal como lo solicita en su ordenanza el Pretor de Pavía. Parece conveniente, en primer lugar, destacar que toda alegación en relación al principio de la normal ejecutoriedad de los actos administrativos no contribuye a la resolución de la cuestión, como la ha planteado por la Administración Financiera, porque ese principio no sería en modo alguno menoscabado o eludido con la desaparición del instituto del *solve et repete*, ya que en tal caso la Administración podría proceder en vía ejecutiva en contra del contribuyente moroso, cualquiera sea su oposición, ya que el tribunal ordinario nunca ha autorizado a suspender la ejecución de las providencias de la autoridad administrativa. Se puede decir, por el contrario, que la propia existencia de este instituto debilita, en cierto sentido, la eficacia de ese principio, racional y prácticamente...

El Tribunal, por lo tanto, es de la opinión que el instituto del *solve et repete* es contrario a las normas de la Constitución y que debe ser declarada ilegítima la disposición que lo establezca...”

Considerando 23. “Que el Tribunal Supremo de España, por su parte, a través de su Sala de lo contencioso, marcó una clara evolución hacia el rechazo del privilegio del *solve et repete*. En efecto, en STS 6743/2000, de 25 de septiembre de 2000, la misma Sala se encarga de ilustrar la evolución de su posición en esta materia al señalar:

“(...) CUARTO.- La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la regla que hace de la consignación, aval o, claro está, del pago de la cantidad reclamada por la Administración una carga previa para poder recurrir. Hasta el punto de que puede hablarse de una clara evolución, en la que tal privilegio de la Administración se ha contemplado desde su eventual incompatibilidad con los principios y derechos de igualdad y no discriminación, en perjuicio de los económicamente débiles, y de tutela judicial efectiva, especialmente después de la Constitución; así como desde la exigencia del necesario rango normativo para su eventual imposición. (...) En consecuencia, es, en la actualidad, doctrina de esta Sala:

a) La regla *solve et repete*, con independencia del rango normativo en que se establezca, puede resultar contraria a la Constitución si su formulación en términos absolutos –concebida sin excepciones en función de la auténtica posibilidad económica de asumir la carga del previo pago, de la previa consignación o de la garantía requerida–, se traduce en un obstáculo efectivo para el acceso a los Tribunales (Cfr. AATS 31 de mayo de 1996 y 21 de marzo de 1997 y SSTs 2 de julio de 1997 y 16 de diciembre de 1999).

b) En la medida en que el recurso ordinario [de alzada] en vía administrativa constituya un requisito necesario para el acceso a la tutela jurisdiccional, la carga previa, en los términos absolutos, sin excepción, que acaban de señalarse, de la consignación o exigencia de determinada garantía para la interposición de aquel recurso implica una restricción indebida del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE (STS 8 de octubre de 1992).

(...) Por consiguiente, para la exigencia del previo pago, consignación o garantía determinada para la admisibilidad de los recursos, tanto administrativos como judiciales, en los términos en que lo permiten los reiterados derechos y principios constitucionales, hace falta que así se establezca en Ley formal (SSTS 29 de diciembre de 1986, 20 de enero de 1987). En esta dirección abundan también las siguientes razones: 1º) la coordinación del ámbito del principio en vía administrativa y jurisdiccional, pues carecería de sentido la admisión indiscriminada del previo pago en los recursos administrativos que eludiría la fiscalización jurisdiccional por el simple hecho de que las normas reglamentarias obligaran a ello; 2º) la necesidad de una interpretación restrictiva del principio *solve et repete*, al carecer de fundamento científico y constituir un privilegio de la Administración exorbitante al tener siempre en sus manos, como luego se dirá, la ejecutividad del acto administrativo, salvo en los casos en que se acuerde su suspensión; y 3º) por la discriminación, en perjuicio de los económicamente débiles, y subsiguiente infracción del principio de igualdad, cuya proclamación en nuestro ordenamiento jurídico ofrece múltiples manifestaciones (SSTS 26 de marzo y 9 de junio de 1981 y 3 de marzo de 1983)...

Considerando 24. Que, en el ámbito regional, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado, respecto del *solve et repete*, que “la Constitución Política de 1991 establece como un derecho fundamental la posibilidad de todos los asociados de acceder a las decisiones de la administración de justicia, sin limitaciones que puedan dejar truncas las posibilidades de obtener la declaración judicial de su derecho; resulta así contrario al principio de obtener pronta y cumplida justicia un precepto que impone el pago anticipado de la obligación, a juicio del deudor no debida, cuando justamente es la existencia o el monto de la misma lo que sería objeto de declaración judicial”. (Sentencia N° C-599/92, de 10 de diciembre de 1992)<sup>18</sup>.

B.- Registros de ADN: Sentencia Rol 1365, sentencia de ocho de abril de 2010<sup>19</sup>. La solicitud de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad incide en un recurso de protección presentado con “el objeto del recurso de protección que ha interpuesto en contra de Gendarmería de la Novena Región es evitar que se obligue a ... someterse a exámenes corporales con la finalidad de conseguir muestras biológicas que permitan obtener su huella genética para incorporarla al Registro Nacional de ADN de Condenados, creado por la Ley N° 19.970, en su calidad de condenado a 3 años y un día de privación de libertad como autor de los delitos de homicidio frustrado e incendio, por sentencia dictada el 15 de noviembre de 2001, por el Juzgado del Crimen de Collipulli...”.

<sup>18</sup> Criterio reiterado en cita genérica en roles: 1173 de 17 de abril de 2009; 1345 en voto previniente Ministro Enrique Navarro. “Que dichos reparos de juridicidad al denominado *solve et repete* también los ha señalado la jurisprudencia emanada de diversos tribunales tanto en Europa como en América, pudiendo citarse el caso de la Corte Constitucional italiana (31 de marzo de 1961) y la judicatura española (26 de noviembre de 1985)”.

<sup>19</sup> Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Gustavo Iván Quilaqueo Bustos respecto de los artículos 5º, 6º, 16, 17, 18 y 1º transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, en causa en actual conocimiento de la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 1.972-2009. Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento de inaplicabilidad y se deja sin efecto la suspensión del procedimiento.

El tribunal rechazó el recurso y consideró que el Registro de ADN en las condiciones establecidas, no atenta contra los derechos a la integridad física y psíquica; igualdad ante la ley principio de tipicidad y legalidad de las penas; ni atenta contra la dignidad humana. Y que si bien se puede considerar como una limitación a los derechos fundamentales ello se *ajusta* a la Constitución.

Para fundamentar sus criterios recurrió al DIDH, a la doctrina y también al Derecho y la jurisprudencia comparada.

Considerando 14. “(...) Como ha señalado una sentencia del Tribunal Constitucional alemán, ‘la investigación del ámbito no codificante de la molécula de ADN tiene por objeto solo la estructura formal de las secuencias de bases correspondientes a esas moléculas de ADN, las cuales no contienen información acerca de las características hereditarias del individuo (...). Conforme al estado actual del conocimiento científico no es evidente que mediante este tipo de investigaciones queden al descubierto las características de la personalidad’ (2 BvR 1511/96, de 2 de agosto de 1996). En una sentencia posterior, dicha Magistratura ha agregado que ‘es decisivo (para estimar que no se ha afectado el núcleo de la personalidad) (...) que no sea posible obtener, a través de la determinación del modelo de identificación del ADN, información o conclusiones de situaciones relevantes de la personalidad, como predisposiciones hereditarias, propiedades del carácter o enfermedades de los afectados, que permita crear un perfil de personalidad’ (2 BvR 1741/99, de 14 de diciembre de 2000)”.

Considerando 19.- “Que, desde el punto de vista del derecho comparado, es posible observar que ya son numerosos los países que cuentan con Registros de ADN (Inglaterra, Irlanda, Escocia, Holanda, Austria, Alemania, Eslovenia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Suiza, Suecia, Croacia, Bélgica, Francia, República Checa, Estonia, Lituania, Eslovaquia y Hungría, tan solo en Europa), en los cuales suelen utilizarse tres variables que justifican la utilidad del archivo en forma compatible con el respeto de los derechos constitucionales involucrados: a) la gravedad delictual; b) que sean delitos con un alto nivel de reincidencia; y c) la posibilidad de que en la comisión de ese delito se dejen vestigios biológicos, como ocurre con los delitos sexuales (Guillén Vázquez, Margarita. Ob. cit.).

El Consejo de Europa, por su parte, en la Recomendación N° R (92) 1, adoptada por el Comité de Ministros, el 10 de febrero de 1992, ha establecido una serie de parámetros para el uso de análisis de ácido desoxirribonucleico (ADN) en el marco de los sistemas de justicia penal, teniendo en cuenta que la introducción y el uso de estas técnicas no puede contravenir principios fundamentales como la dignidad inherente de la persona, el respeto por el cuerpo humano, los derechos de la defensa y el principio de proporcionalidad en la realización de la justicia penal”.

### *C.- Sobre los límites de los Derechos fundamentales: Rol 1365.*

i) Siempre en relación al caso antes analizado, el tribunal explicó sus criterios para analizar la constitucionalidad de la restricción a los derechos fundamentales recurriendo al Tribunal Constitucional español e indirectamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Considerando 23.- “Que, con todo, la conformidad constitucional de una limitación o restricción a derechos que la propia Carta asegura no se agota en el cumplimiento de la exigencia de que ella se verifique por medio de una ley.

Así lo han planteado el Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales cumplan tres requisitos: a) que estén previstas legalmente; b) que persigan una finalidad legítima; y c) que el medio que importa la restricción sea proporcional a la finalidad perseguida (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ‘Leander vs. Suecia’; ‘Silver y otros vs. Reino Unido’, ‘Sunday Times con Reino Unido’, y del Tribunal Constitucional español 66/1985, de 23 de mayo; 8/1992, de 16 de enero, y 207/1996, de 16 de diciembre).

Nuestra Magistratura ha sostenido, entretanto, que las restricciones o limitaciones que se imponen a un derecho fundamental deben cumplir con los siguientes requisitos: a) determinación y especificidad; b) respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas; y c) no pueden afectar la esencia del derecho asegurado (véase, entre otras, sentencias Roles N°s. 226, 280, 293 y 325)”.

ii) Rol 1576-09-INA. Santiago, dieciséis de diciembre de dos mil diez<sup>20</sup>.

En este caso el Tribunal consideró que la reajustabilidad de la indemnización debía ser pedida y resuelta por el tribunal de instancia y que no le correspondía al TC pronunciarse sobre esta cuestión. Opinó que en este sentido no era pertinente reabrir el debate en este punto ante el TC. Para explicar cómo en el Derecho comparado se formula el contenido de las cláusulas indemnizatorias de diversas maneras, el tribunal recurre al Derecho comparado.

Considerando 13: “Que, como se observa, la Constitución chilena se inserta dentro de una tradición jurídica constitucional, en la que se asegura al sujeto expropiado el derecho a recibir una indemnización. Sin embargo, los distintos textos constitucionales difieren en el modo en que se formula la cláusula indemnizatoria.

En los ordenamientos europeos encontramos, por una parte, un grupo de países que, reconociendo el derecho a la expropiación, entregan todos los pormenores a la ley, sin fijar criterios materiales para su determinación. En efecto, en la Constitución española se señala que solo procede la expropiación por causa de utilidad pública o interés social “mediante la correspondiente indemnización” (artículo 33.3). También la Constitución italiana expresa que “la propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización” (artículo 42). Por

---

<sup>20</sup> “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 14 del Decreto Ley N° 2.186, de 1978, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, en la causa sobre reclamo de monto de la indemnización que se sigue ante el 5° Juzgado Civil de Valparaíso bajo el Rol de ingreso N° 1469-1988 y que, conforme consta en autos, se encuentra en etapa de cumplimiento del fallo y con apelación concedida en el solo efecto devolutivo respecto de la resolución que ordenó practicar una nueva liquidación de la indemnización que debe ser pagada al expropiado, por efecto de la expropiación que afectó parte de su propiedad, en relación a la reajustabilidad de la consignación que hizo el Fisco en su momento”. En este caso el tribunal rechazó el requerimiento. Rol 1576.

otra parte, existen aquellos ordenamientos que señalan criterios materiales conforme a los cuales deberá fijarse la indemnización por expropiación. En Alemania, la Constitución de 1949 señala que “la indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados” (artículo 14.3). En la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que constituye un texto de rango constitucional en Francia, se dispone que el expropiado tiene derecho a una “indemnización previa y justa” (artículo XVII).

En las constituciones hispanoamericanas existen ejemplos en el mismo sentido. Así, por una parte, en Argentina, se asegura al propietario el derecho a recibir una indemnización, sin calificativos (Capítulo I, artículo 17, de la Constitución Nacional). Por otra, en otros casos sí se señalan criterios sustantivos que debe respetar la indemnización expropiatoria. De este modo, en el caso colombiano se dispone que la indemnización “se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado” (artículo 58). Enseguida, en la Constitución del Perú, se establece que la expropiación requiere el “pago en efectivo de indemnización justipreciada” (artículo 70). Finalmente, en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se determina que “el precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras” (artículo 27.VI.).

#### 4. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y DE NO DISCRIMINACIÓN

Hemos dado un tratamiento separado las invocaciones del Derecho y jurisprudencia extranjera a propósito del principio de igualdad y no discriminación.

En esta materia es ilustrativo lo que señala Häberle: “El Estado constitucional se está articulando progresivamente hacia ‘un razonamiento universal’ en sus elementos, especialmente en materia de Derechos fundamentales. Parece estar más próxima la interpretación de textos ‘no completos’ (en su mayoría fragmentarios) sobre las garantías de los derechos fundamentales en otros Estados constitucionales, sea en la forma de textos constitucionales, sea en la de jurisprudencia constitucional o simplemente por relación a la política de derechos fundamentales”<sup>21</sup>.

El profesor Häberle plantea una precisión, que consideramos un punto de partida imprescindible para la sistematización de la jurisprudencia analizada, “en el marco de la teoría de la Constitución concebida como ciencia de los textos jurídicos y de la cultura es necesario tener siempre en mente el contexto cultural de toda comparación. La perceptible individualidad cultural de cada Estado constitucional no puede ser allanada con el vehículo de la comparación constitucional por vía de interpretación. La pluralidad se podría convertir, en ese caso, en empobrecida uniformidad. Las similitudes aparentes de los textos no se pueden imponer, de manera fraudulenta, sobre las diferencias que se deriven del contexto cultural de la Constitución analizada. También deberían considerarse los contenidos de los derechos recibidos por medio de la comparación jurídica en el contexto

<sup>21</sup> HÄBERLE (1991) p. 391.

‘propio’ del sistema constitucional que los asume. Se trata de un proceso activo de recepción, de manera que la labor interpretativa es altamente productiva”<sup>22</sup>.

En la lógica planteada, el Derecho y jurisprudencia invocados debieran tener conexiones con el ordenamiento desde el que se recurre al Derecho extranjero. Debiera existir una razón o conexión o por el contrario, diferencias concluyentes si lo que se busca es fundamentar en el sentido contrario a la fuente que se invoca. Y también podemos encontrarnos ante el uso de una técnica jurídica extendida, a un método científico vacío el mismo de contenido normativo, elaborado para resolver problemas entre normas, para delimitar derechos.

Intentaremos comprender por qué se cita determinado Derecho y para qué. Qué es lo que busca el tribunal constitucional cuando invoca ese Derecho.

Es sugerente que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sea a propósito del principio de igualdad y no discriminación donde más se invoca jurisprudencia extranjera. El Derecho y la jurisprudencia más invocada provienen de España y Alemania.

Es llamativo constatar que durante los últimos años en nuestro país el principio de igualdad y no discriminación ha motivado exigencias sociales para mejorar su tutela, su garantía y por la exigencia de un mayor desarrollo que otorgue densidad y fuerza a este Derecho.

Adentrándonos ya en el terreno de las hipótesis, podemos entender la invocación de la jurisprudencia española y alemana desde diversas razones. Una primera, es el desarrollo y evolución del constitucionalismo europeo donde el principio de igualdad está en uno de los vértices del Estado social: “El concepto de igualdad es uno de los más interesantes conceptos legales del Derecho comunitario, objeto de un amplio análisis y debate doctrinal, tanto en lo relativo a su dimensión formal (igualdad ante la ley, en el sentido de que esta debe aplicarse a todos de la misma forma) como a su dimensión sustantiva (igualdad en el contenido de la ley). Dicho ahora de forma simplificada, este concepto, en el ámbito comunitario, es utilizado como sinónimo de la idea de no discriminación o de prohibición de la desigualdad de trato, significado, según reiterada jurisprudencia del TJCE, ‘que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de forma idéntica situaciones diferentes, a menos que dicha diferenciación esté objetivamente justificada’”<sup>23</sup>.

Las referencias al Derecho y jurisprudencia extranjera van a colaborar en la elaboración del contenido de un Derecho cuya escasa definición ha sido evidenciada por la doctrina nacional, como señala Correa Sutil: “No son pocos los autores chilenos que tienden a mostrar, incluso con cierto tono de exasperación, que la doctrina y jurisprudencia en materia de igualdad ha *navegado en un mar de tautología*... Según Atria, las partes en un litigio no solo no tienen cómo predecir el contenido que los Tribunales darán a este principio, sino que también quedarán enteramente ignorantes de las razones que verdaderamente motivarán el fallo una vez que este se dicte”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> HÄBERLE (1991) p. 393.

<sup>23</sup> UGARTEMENDIA (2008) p. 110.

<sup>24</sup> CORREA (2011): p. 100.

Históricamente uno de los mayores problemas que se han identificado en relación al principio de igualdad es el que señaló en su momento Miguel Ángel Fernández: "resulta imposible construir modelos que, como si se tratara de una plantilla, pudieran ser aplicables a toda norma que fuera contrastada con **el Principio Constitucional de Igualdad**"<sup>25</sup>. Esta deficiencia es la que lleva al TC a recurrir al Derecho Europeo como bien reconoce el ex Ministro de dicho Tribunal.

#### 4.1. ALGUNAS REFERENCIAS AL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD EN LOS ORDENAMIENTOS CHILENO Y ESPAÑOL

Analizaremos brevemente el marco constitucional español, sobre esta cuestión, no podemos dejar de recordar que la Constitución española constitucionaliza el Estado social en el art. 1.

En cuanto a las normas sobre igualdad, en la Constitución chilena de 1980 podemos mencionar:

Artículo 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 2º.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

20º.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas

Por su parte la Constitución española señala:

Artículo 1.

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 9.

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ (2001) p. 321.

A estas normas en la Constitución española se deben agregar los artículos 23.2; 31.1, y 32.1

La densidad normativa del principio y derecho a la igualdad en la Constitución española es mayor que el principio de igualdad contenido en nuestro ordenamiento, más si se considera al Estado social garantizado como una cláusula constitucional, y más aun, si en el caso español como parte de la Unión Europea se incorporan otras normas y derechos reconocidos a nivel de la Unión, así por ejemplo la Carta Europea de Derechos Fundamentales señala:

Art. 20. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley.

Artículo 21. No discriminación

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos dice:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

En el ámbito normativo, por otra parte, en Chile desde marzo de 2005 se encuentra todavía en trámite el proyecto de ley contenido en el mensaje 315-352, iniciado con un mensaje del ejecutivo para concretar un proyecto de ley que establece Medidas contra la Discriminación y que desde esa fecha se encuentra en discusión en el Congreso Nacional.

En el ámbito de la igualdad en nuestro ordenamiento existe un déficit normativo, de garantías y también institucional, que el Tribunal Constitucional salva recurriendo a los criterios que en esta materia viene desarrollando la jurisprudencia del TC español y alemán. La primera razón, entonces, para que esta invocación se produzca se encuentra en el mayor desarrollo de la igualdad en Europa, en el mayor desarrollo de categorías para resolver tensiones entre derechos, para concebir la igualdad y la no discriminación. Dicho esto, es llamativo que el TC recurra al Derecho europeo y no, por ejemplo, a la Corte IDH.

Queda por aclarar si a propósito de esta invocación se aumenta la esfera de protección de la igualdad o si lo que se importa es método científico sin densidad normativa. En mi opinión en cualquiera de estos casos el principio de igualdad resultará reforzado, así lo intentaré demostrar en el análisis de la jurisprudencia. Las categorías que desarrolla la jurisdicción constitucional le permiten al TC resolver de mejor manera problemas vincu-

lados a la limitación de los derechos, a la comprensión y constitucionalidad del principio de no discriminación arbitraria.

#### 4.2. LOS CONTENIDOS DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

##### *A.- Defensa en juicio: Abogado de turno e igualdad ante la ley*

A propósito del Derecho de defensa y la institución del abogado de turno. Rol 755 de 2008<sup>26</sup>.

En este caso se trató de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 595 del COT que establece la institución del abogado de turno. El TC no puso en duda la constitucionalidad de la institución, sino su gratuidad. En el análisis invocó Derecho y jurisprudencia extranjera para concluir que estos servicios no podían ser gratuitos ya que de otro modo atentaría contra el principio de igualdad ante la ley.

Sobre este punto el tribunal señaló: “Que, como puede apreciarse, el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no solo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales”<sup>27</sup>.

“Considerando 43. “(...) En España, el acceso gratuito a la justicia se encuentra consagrado en el artículo 119 de la Carta Fundamental, de forma tal que la defensa gratuita de las personas de escasos recursos deja de conceptualizarse como una labor altruista u honorífica de los abogados y pasa a ser un derecho de carácter social, que impone una obligación al Estado para su adecuado aseguramiento. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho no es solo garantía de los intereses particulares sino también de los intereses generales de la justicia, dado que se trata en definitiva de que “ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar” (STC 138/1988)... Así pues, la ley fija los criterios básicos de la financiación del servicio, cuyo coste deberá ser periódicamente evaluado por los poderes públicos, que en todo caso deberán seguir el principio de que el servicio de asistencia jurídica gratuita

<sup>26</sup> Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales en relación a la institución del “abogado de turno”. La parte requirente solicita se declare su inaplicabilidad por considerar que vulnera el art. 19. 2, 3 inciso 3, 20, 21, 26 de la Constitución. El Tribunal Constitucional acogió la solicitud pero solo “en cuanto se declara inaplicable... la expresión ‘gratuitamente’ a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales”.

<sup>27</sup> Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales en relación a la institución del “abogado de turno”, considerando 46.

esté digna y suficientemente remunerado, haciéndose efectiva su retribución en plazos razonables”...

Considerando 44.- “Un sistema similar se aprecia en otros países de Europa continental. Así, en Alemania, en 1919 se reconoció el derecho de los abogados de solicitar al Estado el debido reembolso de los gastos ocasionados como consecuencia de la asistencia jurídica gratuita y en 1923 se les autorizó para demandar una remuneración. En el artículo 103 de la Ley Fundamental de 1949, se encuentra reconocido el libre acceso a los tribunales, y habiéndose dictado leyes en los años ochenta y noventa que regulan la asistencia, se configura un sistema en el que ‘la ayuda cubre los gastos del proceso, los gastos de desplazamiento y los honorarios del abogado’ (Patricia Canales y Virgine Loiseau, La asistencia jurídica gratuita en la legislación de Chile, Alemania, España, Francia, Italia y Suecia, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, página 25). En Italia también existe un sistema de asistencia estatal para la defensa por parte del ciudadano sin recursos económicos suficientes, siendo de cargo del Estado los honorarios profesionales de los abogados y sus gastos. Por lo demás, debe tenerse presente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 23 de noviembre de 1983, en el denominado caso Van der Musselle, estableció como un deber del Estado, a través de la hacienda pública, indemnizar a los abogados designados para asistir en los casos de justicia gratuita”<sup>28</sup>.

#### *B.- Igualdad ante la Ley y no discriminación arbitraria*

El Tribunal Constitucional sistematiza en su jurisprudencia más reciente, cinco criterios para determinar si una norma legal establece diferencias arbitrarias. Estos criterios corresponden a lo que la doctrina ha denominado el juicio de proporcionalidad y que el TC construye invocando Derecho y jurisprudencia extranjera, principalmente española y alemana. Los criterios, que son analizados por Jorge Correa Sutil, son:

1.- La diferencia de trato solo se justifica en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos objetivos.

2.- “Para que la diferencia no sea arbitraria no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; la diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados”<sup>29</sup>.

3.- “la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe ser lícita”<sup>30</sup>.

4.- “La distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción”<sup>31</sup>.

5.- “para ser razonable, la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables”<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Estas consideraciones se reproducen parcial o íntegramente en los roles: 1138; 1140; 1217;1254; 1204.

<sup>29</sup> CORREA (2011) pp. 111.

<sup>30</sup> CORREA (2011) pp. 114.

<sup>31</sup> CORREA (2011) pp. 118.

<sup>32</sup> CORREA (2011) pp. 121.

Para ilustrar lo señalado por el ex Ministro del tribunal, hemos seleccionado las siguientes sentencias:

Rol 1140, sentencia de 14 de enero de 2009<sup>33</sup>.

Considerando 20.- “Que, como lo ha precisado esta Magistratura, ‘la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario’ (Rol N° 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, ‘no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados’ (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador”<sup>34</sup>.

Considerando 28.- “Que, por otro lado, como lo señaló recientemente esta Magistratura en los autos Rol N° 790-2007, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el español y el alemán, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador”;

Considerando 31.- “Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que ‘para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos’. (Sentencias 76/1990 y 253/2004)...”<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad inc. 1 art. 595 del Código Orgánico de Tribunales, institución del abogado de turno. El Tribunal Constitucional acogió la solicitud pero solo “en cuanto se declara inaplicable... la expresión ‘gratuitamente’ a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales”.

<sup>34</sup> Criterio desarrollado en Rol 804 de 2007 y reiterado en roles: 1535 de 28 de enero de 2010; 1365 sentencia de 8 de abril de 2010, considerando 29.

<sup>35</sup> Criterio reiterado en Rol 1535 sentencia de 28 de enero de 2010, considerandos 34 y 35.

Considerando 52.-“Que en tal sentido parece ilustrativo también analizar ciertos pronunciamientos judiciales efectuados en Hispanoamérica sobre esta institución. Así, aunque en algunos países –como en Colombia– se ha aceptado el turno gratuito, de manera ‘justificada y excepcional’ (C-071/95), es del caso tener presente que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha precisado que si bien resulta ajustada la circunstancia de que se designe un defensor de oficio, ‘lo que sí estima esta Sala contrario a la Constitución Política es la obligatoriedad que impone el artículo 159 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de asumir esas defensas de oficio gratuitamente, pues si ese mismo órgano estatal cuenta con un cuerpo de defensores públicos pagados a cargo de su presupuesto, resulta contrario a los artículos 33 y 57 constitucionales que los defensores de oficio tengan que colaborar con el Estado en el cumplimiento de una de sus obligaciones para con los habitantes del país, sin tener a cambio remuneración alguna, mientras que otros profesionales que cumplen igual función sí reciben la respectiva paga por iguales servicios’ (Res. 06420-98). De esta manera se ha aceptado el turno de los abogados, con carácter excepcional y ciertamente subsidiario, teniendo siempre derecho a una justa remuneración por el trabajo realizado”<sup>36</sup>.

Rol 1273, sentencia de 20 de abril de 2010<sup>37</sup>.

Considerando 60. “Que, por la reputación que ha tenido en el derecho comparado, es menester tener en consideración, para dilucidar el caso de autos, el cuerpo doctrinal y el método que la doctrina y la jurisprudencia alemanas de las últimas décadas han desarrollado para afrontar los problemas descritos. Según tal enfoque, es necesario distinguir conceptualmente entre ‘igualdades esenciales’ y ‘desigualdades esenciales’. Así, estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables’. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario, y por ende inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales. Además, se agrega la denominada ‘nueva fórmula’, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquella persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto (Rolf Schmidt: Grundrechte (sowie Grundzüge

<sup>36</sup> Criterios reiterados en Rol 1217 sentencia de 31 de enero de 2009, rol 1138 sentencia de 8 de agosto de 2008; rol 1254 sentencia de 29 de julio de 2009.

<sup>37</sup> Requerimiento de inaplicabilidad de María Angélica Valenzuela Márquez, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en los autos Rol N° 9451-2008 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

der Verfassungsbeschwerde) [Derechos Fundamentales. Lineamientos de Recursos Constitucionales, Verlag Dr. Rolf Schmidt, Grasberg, 2005, pp. 177-178]<sup>38</sup>.

Considerando 61. “Que el procedimiento de la secuencia de la proporcionalidad descrita, de amplia divulgación en la doctrina y especialmente en la jurisprudencia comparada en las últimas dos décadas, ha sido recientemente presentado en nuestra doctrina por Humberto Nogueira ‘como prohibición constitucional de medidas excesivas’, ordenando la presentación de sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, previa cita de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1980, que señala que se vulnera el derecho a la igualdad ‘cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar un trato diferente’. (Humberto Nogueira: Derecho y Garantías Fundamentales, CECOCH/ Librotecnia, Santiago, 2008, Tomo 2, pp. 236-237)”<sup>39</sup>.

Rol 1535 de 28 de enero de 2010<sup>40</sup>.

Considerando 33.- Acerca de la Igualdad ante la Ley.- Que este Tribunal, en diversos pronunciamientos, entendió que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, se ha concluido que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”. (Sentencias roles N°s. 28, 53 y 219);

Considerando 35.- Que, por otro lado, como también lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse

<sup>38</sup> Criterio reiterado en: Sentencia Rol 1273, sentencia de veinte de abril de 2010 o en contra de la Isapre Banmédica S.A. Interpuesta 24 de noviembre de 2008, considerando 60.

<sup>39</sup> Criterios reiterados en roles: 1138 sentencia de 8 de agosto de 2008; 1170 sentencia de 26 de agosto de 2008; rol 1133 sentencia de 18 de noviembre de 2008; 1340 sentencia de 29 de septiembre de 2009; Rol 1273 sentencia de 20 de abril de 2010.

<sup>40</sup> Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Rocío Zamorano Pérez respecto de la oración “cuando lo interpusiere el ministerio público” contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal en la causa RUC N° 080100636-9, RIT N° 8867-2008, por los delitos de parricidio y homicidio calificado, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago. Se acoge el requerimiento de inaplicabilidad, solo en cuanto se declara inaplicable, en la gestión *sub lite*, la expresión “cuando lo interpusiere el ministerio público” del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador<sup>41</sup>.

Sentencia Rol 1273, sentencia de veinte de abril de 2010<sup>42</sup>.

Considerando 58.- Que una revisión prolija del asunto conduce a constatar que la argumentación jurisprudencial mencionada también encuentra sustento en la jurisprudencia y en la bibliografía comparadas. En el Tratado de Interpretación Constitucional del autor Segundo V. Linares Quintana (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998) se comenta un influyente fallo de la Corte Suprema de Argentina, de fecha 27 de diciembre de 1990, del cual se cita lo siguiente sobre el asunto que nos ocupa: “Este planteo hace necesario recordar que, como en todo tiempo fue interpretada por el Tribunal, la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias”, agregando después de citar 18 fallos con tal planteamiento: “por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes”, y concluyendo después de citar otros 17 fallos y precediendo a 14 ejemplos de sendas sentencias: “en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de legítima persecución” (p. 546). En este mismo tratado que nos sirve de fuente, el autor cita a su antecesor Juan F. Linares, al administrativista Rafael Bielsa y al constitucionalista Bidart Campos, respecto a la función que cumple la razonabilidad como medida para calificar o no de arbitraria una diferencia legal que lesione la igualdad, señalando el último de los citados: “Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario” y que “el acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional”. (...)

## 5. LA CONSTRUCCIÓN DE LÍMITES EN LAS RELACIONES CON EL LEGISLADOR

Las sensibles relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional también han sido perfiladas por el TC chileno teniendo a la vista el Derecho comparado. Siguiendo con la práctica analizada a propósito de cuestiones asociadas a derechos fundamentales, en esta materia el TC ha optado por invocar los criterios más cautos del Tribunal Constitucional español y otras cortes europeas antes que, por ejemplo, invocar los que en esta materia ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana conocida por lo que la doctrina ha llamado el *activismo judicial*<sup>43</sup>.

El TC chileno se ha dirigido al legislador en relación a cuestiones vinculadas al control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, en el marco de la ratifi-

<sup>41</sup> Criterio reiterado en roles: 1414 sentencia de 14 de septiembre de 2010; 1399 sentencia de 4 de noviembre de 2010; 1824 de 29 de diciembre de 2010 y 1710 de 6 de agosto de 2010.

<sup>42</sup> Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Angélica Valenzuela Márquez, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en los autos Rol N°9451-2008 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Banmédica S.A.

<sup>43</sup> Sobre esta materia véase entre otros: UPRIMNY (2007) y Separación de Poderes y Forma de Gobierno en Colombia (2001); ARANGO (2010); SAFFON y GARCÍA (2011).

cación de nuevos tratados internacionales que regulan materias propias de esta última clase de normas y también, cuando se le ha solicitado declarar la inaplicabilidad de preceptos legales que contradicen la Carta Fundamental. A propósito de estas cuestiones el TC, en general, se ha contenido y ha limitado su intervención hasta lo que denomina *el mérito del acto impugnado o controlado*. Ha señalado que solo va a intervenir cuando el legislador excede el ámbito de su competencia, pero que no valorará dicho mérito.

Siendo esta materia de calado y considerando que nuestro objeto de estudio es la invocación del Derecho y jurisprudencia extranjera, a continuación desarrollaremos algunas sistematizaciones con el objeto de clarificar el sentido de estas invocaciones, más que adentrarnos en el fondo de la regulación de estas relaciones. Nuestra hipótesis es que el TC recurre a la jurisprudencia extranjera para reforzar argumentos, que elige aquellos criterios que están en sintonía con su cautela, evitando mencionar otra jurisprudencia que contradiga esta lógica. En efecto, como intentaremos demostrar enseguida, la tesis de la cautela se sostiene a pesar que desde hace un tiempo la doctrina española y europea viene llamando la atención sobre la mayor intervención del TCE en las tareas del legislador.

Siguiendo con este planteamiento, María Ángeles Ahumada dice en el caso español: "Desde un primer momento el Tribunal Constitucional ha venido a llamar la atención sobre los límites funcionales de su control en tanto que garante de la Constitución. Así, en una de sus primeras sentencias, la STC 5/1981, de 13 de febrero manifestaría en el fundamento jurídico (FJ) sexto que, 'El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y solo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución'.

De la misma forma, ha venido a destacar el carácter de la ley como expresión de la voluntad popular y en ese sentido reconocida como fuente privilegiada e insustituible, no tanto ya porque sea expresión de una determinada opción política o desarrollo de un programa de gobierno, sino porque es fuente democrática, manifestación del pueblo representado en el Parlamento"<sup>44</sup>.

El TCE defiende la doctrina del carácter democrático del legislador y su condición como representante del pueblo, legitimado en su tarea del diseño normativo de los derechos.

Hasta este punto no encontramos novedades importantes. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que esta autonomía, reconocida por el principal referente del TC chileno, es en buena parte mesurada a partir del control de constitucionalidad de las omisiones del legislador. Esta actividad, debe recalcar, no se inmiscuye directamente en el contenido normativo de los desarrollos del legislador y se centra en su inactividad, en la omisión de un deber de hacer. Pese a que no estamos ante una valoración de méritos, podemos afirmar que la actitud en origen más contemplativa del TCE pasó a ser más activa cuando ordena al legislador desarrollar contenidos de la Constitución: para darle eficacia, para garantizar los derechos que ella contiene o incluso cuando el TCE ha colmado lagunas normativas aunque sin llegar a crear Derecho. Los mandatos de desarrollo de normas, requieren eso sí de supuestos, en este sentido cita Ahumada la STC 24/1982: "la inconsti-

44 AHUMADA (1991) p. 173.

tucionalidad por omisión solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de *desarrollo constitucional* y el legislador no lo hace”.

Resumiendo, el TCE ha desarrollado recomendaciones al legislador, dictando sentencias *aditivas*; o la declaración parcial de inconstitucionalidad *de una norma en relación con la vulneración del principio de igualdad* (Ahumada 1991).

Asimismo, también la doctrina ha reconocido que “un análisis de la experiencia española y de los modelos europeos más próximos a nosotros pone de manifiesto que cada vez más son más abundantes los supuestos en que el Tribunal Constitucional amplía el ámbito de sus funciones, incidiendo positivamente en la tarea del legislador, ya sea actuando como colegislador o introduciendo en su jurisprudencia controles de mérito u oportunidad”<sup>45</sup>.

En definitiva, la experiencia comparada va también en la dirección de extender en la práctica el nivel de incidencia, con diversa intensidad, en la labor del legislador<sup>46</sup>. Este desarrollo con límites, es seguido en parte por nuestro Tribunal Constitucional. El único caso donde el TC chileno es escapa del tenor literal de su competencia es para analizar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso, criterio que está en sintonía con lo que en este sentido decidió su par español en la TCE 101/ 1983 de 18 de noviembre.

A continuación analizaremos algunos casos donde el TC recurre a la jurisprudencia extranjera y las conclusiones o tesis recoge de dichas invocaciones. Por los antecedentes ya expuestos debemos reiterar que los criterios son escogidos por el TC en la medida que son, también, su propia posición sobre los límites de su relación con el legislador, es en este sentido que contribuyen a reforzar sus argumentos.

## 5.1 LOS LÍMITES DE SU RELACIÓN CON EL LEGISLADOR: LAS CUESTIONES DE MÉRITO

Rol 986, sentencia de 30 de enero de 2008<sup>47</sup>:

Considerando 16.- “Que, para los efectos de examinar la infracción a estas disposiciones, debe tenerse en cuenta que la competencia de este Tribunal limita en lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado. En esta doctrina, coinciden la jurisprudencia, entre otros, de los Tribunales Constitucionales de Francia, Alemania, Italia y España y las opiniones de distinguidos constitucionalistas. Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa. Solo cuando el legislador excede su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que este haya incurrido”<sup>48</sup>...

<sup>45</sup> FIGUERUELO (1993) p. 50.

<sup>46</sup> Sobre esta materia véase: DÍAZ (2001); ROMBOLI (1996); SANTAOLALLA (1994).

<sup>47</sup> Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Aarón David Vásquez Muñoz, respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en causa RUC N° 0600764824-1, del 8° Juzgado de Garantía de Santiago.

<sup>48</sup> Párrafo reproducido en: Rol 821, considerando 16, párrafo 1. También presente el Rol 786, sentencia de 13 de junio de 2007, considerando 31. Requerimiento de un grupo de Diputados para que se declare la Inconstitucionalidad para que se declare *la inconstitucionalidad del artículo único, número tres, del Proyecto de Ley*

Rol 821, sentencia de 1 de abril de 2008<sup>49</sup>:

Considerando 16.- “(...) El Tribunal no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas. Solo debe resolver si se ajustan o no a las normas, valores y principios constitucionales. De una parte, debe velar porque la ley o el decreto no vulneren los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los Tribunales de Justicia.

En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la ley efectivamente no vulnere los límites constitucionales.

El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo”.

Rol 1065, sentencia de 18 de diciembre de 2008<sup>50</sup>:

Considerando 36.- “Que dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa”.

“Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que ‘la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquel del Parlamento. Solo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución’; concluyendo el Tribunal galo –en el ámbito de una modificación a la ley penal– que ‘dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos’. (Vid. David Dokhan, ‘Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs’, 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, especialmente páginas 450 y siguientes)”.

“El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: “La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad’. Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido que: ‘El legislador es libre, dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional’...”

---

*modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.*

<sup>49</sup> Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Manuel Alvarado Aravena, respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en causa RUC N° 0400400430-8 y RIT N° 223-2006, seguida en contra de Sonia Elizabeth Salgado Henríquez, Ciro Omar Albornoz Burgos y Olga Antonia Salgado Henríquez, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica.

<sup>50</sup> Requerimiento de inaplicabilidad del Juez del Juzgado de Garantía de Puerto Montt respecto del artículo 149, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 3798-2008, RUC N° 0800363671-3, seguida en contra de César Uribe Villegas por el delito de robo con violencia, en relación a los artículos 6°, 7°, 19, N°s. 3, 7 y 26, 76 y 83 de la Constitución.

“En el mismo sentido, en Alemania, se ha precisado que ‘mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, el parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es competente para examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la fórmula de solución más justa’ ... De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en ‘50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán’, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92)<sup>51</sup>”.

“Por último, en el caso de Italia, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional, particularmente el artículo 28 de la Ley 87, del 11 de marzo de 1953, que veda a dicho órgano de control constitucional “cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento”<sup>52</sup>.

## 5.2 AUTONOMÍA DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE PENAS

Rol 786, sentencia de 13 de junio de 2007<sup>53</sup>

Considerando vigésimo octavo: “La competencia reservada al legislador en esta materia ha sido destacada por varias Cortes Constitucionales, pertenecientes a diversas áreas geográficas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que: ‘En materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador, junto a los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con que intenta conseguirlo ... en tales casos, el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen para determinar las penas ...’ (Sentencia de 21 de julio de 2005, Expediente 0019-2005-AI/TC, considerando 198°).

El Tribunal Constitucional de Alemania, por su parte, refiriéndose a la pena de trabajos forzados, ha afirmado que: ‘La ley fundamental obliga al legislador a desarrollar un concepto efectivo de la resocialización y a estructurar la ejecución de la pena con base a estos criterios. Para esto se ha dejado a él (al legislador) un amplio espacio de regulación

<sup>51</sup> Párrafo reproducido en Rol 1361, sentencia de 13 de mayo de 2009 considerando 18. En Requerimiento de parte (remitido por el Senado) para que el Tribunal Constitucional se pronuncie respecto de la inconstitucionalidad del artículo 25 del Proyecto; el segundo, del artículo 46, letra g), y el último, del 8° transitorio, del proyecto que establece la Ley General de Educación.

<sup>52</sup> Criterios reiterados en Rol 1361 sentencia de 13 de mayo de 2009.

<sup>53</sup> Rol 786, sentencia de 13 de junio de 2007, considerando 31. Requerimiento de un grupo de Diputados para que se declare la Inconstitucionalidad para que se declare *la inconstitucionalidad del artículo único, número tres, del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.*

(...) Él puede, atendiendo a toda clase de conocimientos, principalmente en los campos de la antropología, la criminología, la terapia social y la economía, llegar a una regulación que –atendiendo a los costos– se encuentre en concordancia con el rango y necesidad de otras funciones del Estado’. (Schwabe, Jürgen (compilador). Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2003, pág. 268)”.

Considerando 29: Que, igualmente, puede sostenerse que tratándose de las modalidades de cumplimiento de las penas, el legislador tiene una competencia exclusiva que no puede discutirse. En este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha afirmado que respecto de “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, ya hemos dicho que el control de este Tribunal Constitucional tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido ...” (Sentencia 161/ 1997, de 2 de octubre de 1997, considerando 8).

Esta Magistratura, entretanto, ha invocado previamente jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, el que, conociendo de un requerimiento que impugnaba un proyecto de ley tendiente a crear y aumentar penas, decidió que: “Dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos ...”. (Sentencia Rol N° 591, considerando 9°);

### 5.3 EL DERECHO COMPARADO PARA FORTALECER ARGUMENTOS Y EJERCER EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO Rol 1216, sentencia de 30 de octubre de 2008<sup>54</sup>:

Considerando 8.- “Que, sobre la materia, debe precisarse que en el Derecho Constitucional comparado se ha tenido en consideración el papel trascendente reservado a los reglamentos en el régimen político, por lo que diversos ordenamientos jurídicos, como el francés y el español, han otorgado a sus respectivos Tribunales Constitucionales la facultad de pronunciarse sobre su sujeción a la Ley Suprema. En efecto, el artículo 61 de la Constitución de Francia, en la parte pertinente, indica que ‘los reglamentos de las cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución’. Por su parte, el artículo 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en su apartado d), señala como susceptible de declaración de inconstitucionalidad ‘los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales’. Por lo mismo, se ha indicado que el reglamento ‘es una norma jurídica especial, que produce efectos dentro del ordenamiento jurídico en cuanto regula

---

<sup>54</sup> Requerimiento de diputados para que se declare la inconstitucionalidad de la declaración de admisibilidad del proyecto en virtud del cual se “modifica(n) los artículos 66 y 203 del Reglamento de la Cámara de Diputados, con el objeto de permitir que las sesiones de Sala y de Comisiones puedan celebrarse en la ciudad de Santiago y otros lugares que indica”.

actividades de las Cámaras conectadas con otras instancias jurídicas e institucionales y que se halla sometida al control de constitucionalidad’ (Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, 1992, pág. 603). De modo que ‘únicamente pueden ser controlados por el Tribunal Constitucional’ (Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 7ª. ed., 2000, pág. 767). Y es que, como recientemente lo ha puntualizado el Tribunal Constitucional de España, la norma reglamentaria de las Cámaras ‘ninguna duda cabe de que se encuentra subordinada y limitada por las previsiones constitucionales’ (STC 101/2008, 24 de julio de 2008)”.

#### 5.4. LOS LÍMITES DEL TC, A PROPÓSITO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Sentencia Rol 1288, sentencia de 25 de agosto de 2009<sup>55</sup>.

Considerando 68: Que, por lo demás, según se desprende de los antecedentes de la historia fidedigna del proyecto, la norma constitucional tiene su origen en lo que dispone el artículo 96.1 de la Constitución española, que señala: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Y como destaca Manuel Diez de Velasco refiriéndose precisamente al ordenamiento jurídico español: “los Tratados deben respetar y conformarse a la Constitución. En efecto, un Tratado que ya formase parte de nuestro ordenamiento interno podría ser objeto de un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 161. 1.a) de la Constitución y art. 27.2. c) de la L.O.T.C.) y la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución y arts. 35 y ss. de la L.O.T.C.)”. Concluyendo el mismo autor que “El control de constitucionalidad corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no puede declarar la nulidad del Tratado como lo hace respecto de la Ley (art. 39 de la L.O.T.C.). Debe entenderse que lo declara inaplicable (nulidad puramente interna), pues la nulidad de un Tratado solo puede fundarse en las causas previstas en el Derecho Internacional (art. 42.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y no puede ser declarado(a) unilateralmente por una de las Partes”. (*Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11ª Edición, Editorial Tecnos, 1997, pág. 198);

“70: Que, confirmando lo anterior, el artículo 100 de la Ley Fundamental de Alemania, en lo concerniente al control concreto de normas, indica que ‘si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de derecho internacional es parte del derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal”’.

Como podemos apreciar a partir de la jurisprudencia analizada, el recurso al la técnica del Derecho comparado le permite al Tribunal fortalecer los criterios que define a la hora de señalar los límites de su actividad, tanto en relación al legislador, como respecto a

<sup>55</sup> La Cámara de Diputados remite el proyecto de ley que modifica la ley N° 17.997 que modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que se revise su constitucionalidad.

los tratados internacionales. Se trata de una invocación selectiva, no se trata de contrastar diversas posiciones, sino de ayudar a la consistencia de sus criterios.

## 6. CONCLUSIONES

En lo que se refiere a los derechos, la invocación de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales le permite al tribunal enfrentar nuevos problemas y limitar o transformar instituciones como ocurre con la gratuidad del abogado de turno o con el *solvo e repete*.

Valiéndose de los criterios de los tribunales europeos el TC introduce correcciones al funcionamiento de modelos más antiguos, propios de un régimen jurídico diverso al actualmente vigente, más acorde con la tutela de los derechos fundamentales, más consciente de los intereses en juego y de la protección de la igualdad. También le ha permitido enfrentar otros asuntos novedosos, como por ejemplo los registros de ADN para imputados.

El marco constitucional chileno que ampara la igualdad es reciente y todavía precario. Los desarrollos de los tribunales constitucionales europeos dan cuenta de bases constitucionales (nacionales e internacionales) que por años han colocado en el centro del quehacer político la tutela de la igualdad, forjada especialmente al alero del Estado social. Nuestro país está distante aun de esa consagración y tutela, lo que el Tribunal Constitucional importa de ese Derecho son las técnicas para amparar la protección de la igualdad caso a caso. El TC no ha tenido un rol activo como el de la Corte Constitucional colombiana en el ámbito latinoamericano, sin embargo, ha dado vida al principio de igualdad y también al de no discriminación.

Por la vía del derecho comparado no se ha aumentado la esfera de protección (débil como ya dijimos) del principio de igualdad, pero se ha protegido mejor el derecho tal y como ha sido establecido en la Constitución chilena de 1980.

En sus relaciones con el legislador, el Tribunal Constitucional también ha introducido algunas correcciones a través de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad determinando la inaplicabilidad de preceptos legales y de algunas acciones de inconstitucionalidad que han implicado la derogación de normas legales, aunque sigue siendo cauto cuando se dirige al legislador, en sintonía con las cortes europeas pero en sus criterios iniciales, más propios del otro momento político. En este sentido, en cuanto al Tribunal Constitucional español cita, por ejemplo, sentencias de 1981 o de 1997; de 1987 en el caso del Tribunal Constitucional alemán; en el caso italiano cita una ley de 1953. Otros criterios han sido desarrollados por estos tribunales desde esa fecha a la actualidad que han constituido un avance de sus líneas jurisprudenciales de hace dos décadas.

En la metodología utilizada sería positivo si el Tribunal individualizara mejor a las fuentes a las que recurre, que vaya directamente a ellas aunque además cite doctrina. Sería adecuado que se explicitaran más sus criterios en este sentido, tal y como ocurre con la invocación del DIDH.

A través del uso del Derecho comparado el tribunal no crea nuevos derechos, fortalece sus argumentos, los refuerza, y utiliza las técnicas desarrolladas en otras jurisdicciones para resolver problemas, tendiendo mucho más a la lógica de la universalización del

derecho que a la creación de un derecho común; para esto último sería fundamental que además recurriera, normalmente, a la jurisprudencia de Corte IDH y que cada derecho sea interpretado también teniendo presente sus criterios y los de otros tribunales del entorno.

El actual desarrollo de esta técnica por parte del Tribunal Constitucional chileno no nos permite hablar de un derecho común, aunque sí de un derecho más universal, si limitamos dicha universalidad a lo europeo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, María Ángeles (1991): “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 8. Enero-Abril de 1991, p. 173.
- ARANGO, Rodolfo (2010): “*Constitucionalismo Social Latinoamericano*”. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/6.pdf> [fecha de consulta: 8 de septiembre de 2011].
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2009): “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial. Versión provisional”. Ponencia presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. San Sebastián, Donosita, noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.acoes.es/>
- CORREA SUTIL, Jorge, Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿Saliendo de la pura tautología? En *Anuario de Derecho Público 2011 Universidad Diego Portales*. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile 2011.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2001): “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21. número 61. Enero-Abril.
- E.J SCHWÖBEL Christine (2011): *Global constitutionalism in International Legal perspective* (Boston) pp. 205.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2001): *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley* (Editorial Jurídica ConoSur Ltada. Santiago de Chile) pp. 321.
- FIGUERUELO Burrieza, Ángela (1993): “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Num. 81. Julio-septiembre: pp. 50.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana (2011): *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos* (Santiago, Editorial Librotecnia) 337 pp.
- HÄBERLE, Peter (2010): “Métodos y Principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ReDCE. Año7, Num 13. Enero junio/2010, pp. 379-411.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2012): “El uso del derecho extranjero e internacional por parte del Tribunal Constitucional chileno: período 2006-2010”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 No 1: pp. 149-187.
- PEÑA, Marisol (2008): “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Año 6 N° 1, 2008, pp. 205-222.

- ROMBOLI, Roberto (1996): “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteadas por vía incidental” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16 N° 48, septiembre-diciembre.
- SANTAOLALLA, Fernando (1994): “Televisión por cable y control de omisiones del legislador ( en torno a la STC 31/1994, de 31 de enero), Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14 N° 41, Mayo-Agosto.
- UPRIMNY, Rodrigo (2007): “La judicialización de la política en Colombia: casos potencialidades y riesgos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, número 6 año 4.
- SAFFON, María Paula y GARCÍA VILLEGAS Mauricio (2011): “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-jurídicos*, V 13 N° 1.
- UGARTEMENDIA, Juan Ignacio (2008): “La tutela de la igualdad de trato como cauce de expansión de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno” *Revista española de Derecho Constitucional*, numero 84, septiembre-diciembre de 2008, pp. 110.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Rol 740, sentencia de 18 de abril de 2008
- Rol 786, sentencia de 13 de junio de 2007
- Rol 821, sentencia de 1 de abril de 2008
- Rol 968, sentencia de 10 de julio de 2008
- Rol 1065, sentencia de 18 de diciembre de 2008
- Rol 1133 sentencia de 18 de noviembre de 2008
- Rol 1138, sentencia de 8 de agosto de 2008
- Rol 1140, sentencia de 14 de enero de 2009
- Rol 1170 sentencia de 26 de agosto de 2008
- Rol 1173 sentencia de 17 de abril de 2009
- Rol 1216, sentencia de 30 de octubre de 2008
- Rol 1217 sentencia de 31 de enero de 2009
- Rol 1247, sentencia de 14 de julio de 2009
- Rol 1254, sentencia de 29 de julio de 2009
- Rol 1273, sentencia de veinte de abril de 2010
- Rol 1288, sentencia de 25 de agosto de 2009
- Rol 1345, sentencia de 25 de mayo de 2009
- Rol 1365, sentencia de ocho de abril de 2010
- Rol 1399, sentencia de 4 de noviembre de 2010
- Rol 1414, sentencia de 14 de septiembre de 2010
- Rol 1419-09-INA, sentencia de 9 de noviembre de 2010
- Rol 1445, sentencia de 29 de enero de 2010
- Rol 1535, sentencia de 28 de enero de 2010

Rol 1576-09-INA, sentencia de 16 de diciembre de 2010

Rol 1588, sentencia de 14 de enero de 2010

Rol 1710, sentencia de 6 de agosto de 2010

Rol 1824, sentencia de 29 de diciembre de 2010

