

El principio de proporcionalidad cumple una función indispensable en estos tiempos, para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público.¹⁷² Sencillemente, es un procedimiento que los jueces constitucionales *deben* ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo goce de sus derechos fundamentales y evitar su arbitraria vulneración por el legislador quien, como cualquier otro órgano constituido, no puede estar por encima de la Constitución ni tener poderes ilimitados de los que abuse caprichosamente.

El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno

HUMBERTO NOGUERA ALCAJA¹

1. INTRODUCCIÓN

Este postulado tiene su origen en el derecho administrativo donde se utiliza para controlar los poderes discrecionales de la administración, al cual la Corte Constitucional de Karlsruhe lo convirtió en un elemento inherente al Estado de Derecho y la justicia, elevándolo al rango de principio constitucional, constituyéndolo en un parámetro de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes estatales, desde allí se ha difundido a las jurisdicciones internacionales de derechos humanos y a las jurisdicciones constitucionales europeas y latinoamericanas, constituyendo hoy un postulado de interpretación constitucional.

¹ El autor es abogado, Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica, Director del Centro de Estudios Constitucionales y del Magister en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Campus Santiago, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

¹⁷² Cf. GARCÍA DE ESTERILLO, *op. cit.*, nota 40, p. 45.

En la materia es bastante conocida la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir del caso *Handyside*,² como asimismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir del caso *Internationale Handelsgesellschaft*³ donde el principio de proporcionalidad es un parámetro de control para analizar la legitimidad de cualquier restricción normativa de los derechos fundamentales.⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza el principio de proporcionalidad regularmente para analizar las limitaciones por la ley de los derechos fundamentales, a manera de ejemplo pueden señalarse sus Opiniones Consultivas N° 5 y N° 9, como asimismo más recientemente los casos Herrera Ulloa con Costa Rica, como asimismo el caso Kinzel con Argentina, de este último extractamos el siguiente considerando del fallo:

"83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exigente o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que:

para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderan claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.⁵

² Sentencia de fecha 16 de diciembre de 1976.

³ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto 111/70, Rep. 70, 1125.

⁴ FASSBENDER, B. 1998, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Casos de derecho público* N° 5.

⁵ CIDH, Caso Kinzel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párrafo 36.

El principio de proporcionalidad en su sentido amplio es llamado también *principio de prohibición de exceso*. Este principio es aplicable en el ámbito del control de constitucionalidad de los preceptos legales, estableciendo un control de adecuación de los preceptos legislativos a los fines explícitos o implícitos de la Carta Fundamental, estableciendo un principio jurídico material de *justa medida*.

El principio de proporcionalidad, instituye una relación de fin a medio, como asimismo de utilidad de un acto, confrontando el fin de una intervención con los efectos de esta posibilitando un control de exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedad del poder estatal, sin perjuicio de constituir un principio de interpretación en que se apoya el operador jurídico, en especial el juez, cuando necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad en la tarea de concretización de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas.⁶

El principio de proporcionalidad constituye una técnica aplicable especialmente a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. Constituye un parámetro de control cada vez que con objeto de optimizar un bien colectivo, el legislador limita o restringe un derecho fundamental.

El principio de proporcionalidad enseña *Pablo Benavides* "se caracteriza por el hecho de presumir la existencia de una relación adecuada entre uno o varios fines determinados y los medios con que son llevados a cabo".⁷ Este principio es inherente al Estado de Derecho, pudiendo ser considerada un principio constitucional implícito que se desprende del derecho al debido proceso sustan-

⁶ Ver BERRAL PUIGRO, CARLOS, 2003, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 97 y ss.

⁷ BENAVIDES, PABLO, 1994, *Caso de Derecho Constitucional*, quinta edición San Paulo, Malheiros, p. 357.

tivo y del derecho a la igualdad ante la ley en el Estado Constitucional Democrático.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SUS SUBPRINCIPIOS

El principio de proporcionalidad se descompone en tres subprincipios: el de adecuación o idoneidad de los medios; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Los tres operan copulativamente, no basta cumplir con algunos de ellos, todos deben ser asumidos para que el precepto normativo se considere constitucional.

a) EL PRINCIPIO O EXAMEN DE ADECUACIÓN O CONFORMIDAD DE LOS MEDIOS A LOS FINES. Los derechos fundamentales en cuanto contenido central de la Carta Fundamental sólo pueden ser limitados en virtud de un bien constitucionalmente protegido o de relevancia constitucional, no pudiendo ser limitados por bienes o intereses infraconstitucionales. La norma legislativa podrá perseguir uno o más fines constitucionales legítimos, excluyendo cualquier medio que no sea conducente al fin constitucional perseguido.

La finalidad debe ser lo más concreta posible no pudiendo justificarse en bienes indeterminados o de dudoso anclaje constitucional.

Así cualquier norma jurídica restrictiva debe ser idónea a la finalidad constitucional que se busca concretar, si la norma conlleva fines o valores expresos o implícitos en el texto constitucional, será inconstitucional e ilegítima. Linares Quintana ejemplifica con la ley procesal, señalando que si ella priva de "la posibilidad de accionar, de defenderse, de producir prueba, de alegar, de

impugnar la sentencia, de ser juzgado por jueces idóneos, en términos no razonables, es inconstitucional".⁵

b) EL PRINCIPIO O EXAMEN DE NECESIDAD O DE INTERVENCIÓN MÍNIMA. De acuerdo a este subprincipio debe analizarse si la norma restrictiva del derecho es una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa a la considerada que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad constitucionalmente legítima y sea menos restrictiva de o de los derechos fundamentales afectados.

El subprincipio de necesidad exige que la medida restrictiva sea indispensable para la conservación de un derecho y no sea posible de ser substituida por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa. En el fondo se exige que la norma jurídica emanada del legislador sea imprescindible para asegurar la vigencia o ejercicio de un derecho o bien jurídico constitucional debiendo restringir otro en el menor grado posible cuando no existe otra alternativa posible, escogiendo siempre el mal menor, el medio menos restrictivo, todo ello sin afectar el contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos.

En este ámbito se establecen estándares más rigurosos para su operabilidad práctica, ellos son:

- i) *Una necesidad material*, el medio debe ser el que afecte menos los derechos fundamentales.
- ii) *La exigibilidad espacial*, el medio debe ser aquel que establa el menor ámbito de limitación de los derechos;
- iii) *La exigibilidad temporal*, supone la delimitación más rigurosa del tiempo de aplicación de la medida que afecta los derechos;
- iv) *La exigibilidad personal*, debe limitarse en la medida de lo posible las personas que sean afectadas en sus derechos.

⁵ LINARES QUINTANA, SEGUNDO, 1980, ob. cit., p. 99.

El juez constitucional debe considerar que entre más sensible sea el perjuicio que se cause al ejercicio de un derecho fundamental, más fuertes deberán ser los intereses de la comunidad que determinan la restricción normativa del ejercicio de uno o más derechos fundamentales. Como sostiene la Corte Constitucional de Karlsruhe, ya en 1975, un medio es adecuado cuando con su ayuda se puede tener éxito. Es indispensable, cuando el legislador no hubiere podido elegir otra medida igualmente efectiva, que hubiere restringido menos el derecho fundamental del afectado (BVerfGE30, 292 [316]).

En otro fallo la Corte Constitucional alemana en forma pedagógica se refiere a la materia:

“El legislador es libre de elegir entre varias medidas legales igualmente adecuadas—dentro de determinados límites—porque considera todos los derechos fundamentales como una unidad, y no en su contenido escalonado. Pero cuando se trata de un derecho fundamental que contempla en sí esferas fuertes y débiles de protección de la libertad, entonces debe poderse examinar desde el punto de vista constitucional, si existen los presupuestos para una regulación en ese nivel donde la libertad se encuentra más protegida; en otras palabras, se debe revisar si las medidas legislativas de los niveles inferiores no hubieran sido suficientes, y si la intervención efectiva era “absolutamente necesaria”. Si también se deja al legislador la libre elección entre “medios adecuados”, que pertenecen a diferentes niveles, esto podría conducir prácticamente a que las que más comúnmente se eligen, ya que por su drástico efecto para el logro de los fines perseguidos se consideraran como las más idóneas, y por tanto deberían ser aceptadas sin revisión alguna. Una protección efectiva de la esfera de libertad, que es lo que quiere proteger el art. 12 num. 1 LF, se estaría dejando de garantizar...” (BV erf GE 2, 266).⁹

⁹ Ver SUMER, SURGEN, 2003, *Cinuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Montevideo, Ed. Jurídico Gustavo Hahner y KAS, p. 236.

En el ámbito de la tarea judicial, el magistrado puede encontrarse con la existencia de diversos enunciados normativos de carácter legal, donde unos tengan una dimensión menos restrictiva de los derechos fundamentales que otras, en la medida que ellas sean legales, el juez podrá basar su decisión jurisdiccional en aquella que siendo igualmente eficaz, sea menos gravosa para la persona afectada.

c) EL SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO. Este examen de proporcionalidad en sentido estricto examina si la limitación o restricción producida al o a los derechos fundamentales constituye una medida equilibrada y justa entre el beneficio para el bien común que se obtiene de la limitación y el perjuicio que sufre el derecho afectado. Se trata de un análisis ponderativo, se ponen en la balanza, las ventajas e inconvenientes que se producirían para aquellos afectados en el ejercicio de sus derechos fundamentales y para el bien público. Cuanto más grave o pesada sea la intervención los derechos fundamentales de las personas afectadas, debe existir una más intensa afectación del interés público que la justifique. Si el beneficio obtenido con la intervención del o de los derechos debe ser proporcional a la carga impuesta a ellos, debiendo existir una justa medida, impidiendo medidas legales desproporcionadas que afecten los derechos en relación con los fines.

En el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el discernimiento debe realizarse identificando, en primer lugar, los valores, principios y derechos constitucionales que se presenta en eventual conflicto; luego, en segundo lugar, atribuyendo una valoración específica a cada uno de los derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto, considerando las circunstancias del caso, argumentando sobre el grado de cumplimiento del principio y el grado de compromiso o perjuicio para el derecho o

bien constitucional contrario para cada una de las eventuales soluciones del conflicto; en tercer y último lugar, se adopta la decisión de prevalencia de acuerdo con el criterio de que "cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios o derechos mayor debe ser la importancia del cumplimiento de su contrario".¹⁰

Este subprincipio implica ponderar, en una relación costo beneficio, las ventajas o desventajas resultantes para las personas de los medios utilizados por el legislador para obtener los fines perseguidos por la norma constitucional. Se ponderan los daños que se causan con la adopción de la medida versus los resultados positivos que serán alcanzados por la dicción de la medida o norma para el bien común. Esto implica un juicio ponderativo, vale decir, un medio o método a través del cual se desarrolla el juicio, de indudable carácter valorativo que se realiza en cada caso concreto, teniendo por tanto una aplicación casuística.

La gradación del escrutinio del principio de proporcionalidad, obliga así a un análisis de la legitimidad del objetivo constitucional que persigue la norma legislativa, la idoneidad de la medida que establece la diferenciación para alcanzar la finalidad constitucional, la consideración que tal objetivo podría ser alcanzado por un medio igualmente idóneo o más idóneo que no implicara la diferenciación (principio de necesidad), como asimismo, que la legitimidad de las diferenciaciones depende de la relación existente entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y las intenciones que se afecta el o los derechos fundamentales afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Finalmente, es necesario precisar que el principio de proporcionalidad opera con la *técnica de la aplicación escalonada*. Ello implica que, en primer lugar, debe examinarse si una medida per-

sigue un fin constitucionalmente legítimo, sólo cuando ello ocurre se analizará si dicha medida constituye un medio adecuado para obtener el fin perseguido. Si la medida no persigue un fin constitucionalmente legítimo no es necesario seguir el análisis, ya que la medida por ese solo hecho es inconstitucional. En el caso de que el fin sea legítimo, se analiza si la medida adoptada es adecuada y necesaria para lograr el fin constitucionalmente legítimo, sólo si se considera que dicha medida lo es, se pasará al tercer escalón de análisis, si la medida no es adecuada al fin constitucional se concluye el análisis y se determina la inconstitucionalidad de ella. Sólo si la medida es considerada adecuada a la obtención del fin constitucionalmente legítimo se pasa al tercer escalón de análisis evaluando si dicha medida es la que menos daña el ejercicio de los derechos en vista del objetivo perseguido, estableciendo una adecuada proporcionalidad entre beneficio y daño. Si existen otras medidas alternativas que permitan alcanzar el mismo objetivo con menor intensidad de restricción de derechos, en tal caso la medida será inconstitucional.

El *principio de proporcionalidad* se desprende en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos del artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN SUDAMÉRICA POR LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES

En América del Sur, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado en su jurisprudencia el principio de proporcionalidad, siendo una de las jurisdicciones constitucionales que mejor uso han hecho del test de proporcionalidad, asumido con cita

¹⁰ BRUCE CAMERON, JOUQUIN, *Los límites a los derechos fundamentales*, 2004, p. 383.

explícita de la jurisprudencia alemana el principio de proporcionalidad, asumiendo que "El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes".¹¹ La misma sentencia señala el significado de los subprincipios en su aplicación en relación con el principio de igualdad: "En el caso concreto del principio de igualdad, el principio de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es: 1. Adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; 2. Necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin, y 3. Proporcionalado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato".¹²

Asimismo, el principio de proporcionalidad es asumido por la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional peruano*, con regularidad. Así a manera ejemplar, en caso de la demanda de inconstitucionalidad que impugna la disposición que otorga una bonificación de hasta un 10% sobre la calificación total obtenida, que se otorga a magistrados titulares (del Poder Judicial y Ministerio

Público) que postulan al ascenso, la cual no se otorga respecto del grupo de abogados que no pertenece al Poder Judicial como asimismo, respecto de los magistrados suplentes y provisionales, al efecto, el Tribunal Constitucional señala:

"31. (...) En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recitada en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC (fundamento N° 65), este Colegiado considera que el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad".

"32. De esta forma, el principio de proporcionalidad que normalmente es empleado para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales, ahora, es proyectado para examinar el supuesto concreto de una eventual contrarrestación del derecho-principio de igualdad".¹³

El Tribunal Constitucional peruano analizó el artículo 7° de la Ley 27.755 que establecía un registro legalizado por Notario público en vez de una escritura pública para registrar el derecho de propiedad. Así el tribunal se preguntó por la finalidad de la norma cuestionada, señalando:

"es reconocible la intención del legislador, quien a través del formulario registral, procura crear para los propietarios de escasos recursos una vía menos costosa para inscribir su derecho. El fin perseguido, por lo pronto, aparece como constitucionalmente legítimo, pues se pretende dotar al derecho de propiedad de las garantías suficientes para su pleno desarrollo, a través del registro mismo".¹⁴

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 045-2004-PI/TC, fundamento 31.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AI/TC, de fecha 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 6°.

¹¹ Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-022 de 1996.

¹² Sentencia Corte Constitucional de Colombia C-422 de 1996.

Luego, aplicó el test de proporcionalidad determinando:

"para concluir la proporcionalidad de la disposición cuestionada, no es suficiente la legitimidad del propósito buscado, ni tampoco la adecuación de la medida al fin perseguido. Es imprescindible valorar la necesidad de que sea esa medida la utilizada y no otra la que pueda satisfacer en menor grado el principio constitucional comprometido, en este caso la seguridad jurídica. A efectos de determinar la necesidad o no de la medida adoptada, es del caso preguntarse cuál es el verdadero grado de afectación que sufre el principio de seguridad jurídica, cuando se propone como alternativa la utilización del formulario registral legalizado por el Notario público, en lugar de la escritura pública".¹⁵

"Como quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro de la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al poder legislativo, este tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisficará este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado".¹⁶

Para luego precisar:

"si bien el formulario registral legalizado por Notario no goza de la solemnidad de una escritura pública, se ha optado por una medida que no termina por destruir la seguridad jurídica, sino que, respetándola dentro de términos todavía razonables, presenta una opción legislativa proporcional frente al fin legítimo, que se pretende alcanzar".¹⁷

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AT/C., de fecha 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 9°.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AT/C., de fecha 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 6°.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2002-AT/C., de fecha 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 9°.

A su vez, en otro caso, el Tribunal Constitucional peruano aplicando el principio de proporcionalidad en sentido estricto determinó:

"el principio de proporcionalidad, stricto sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental".¹⁸

4. LOS CRITERIOS SOBRE INTENSIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES RESPECTO DEL DERECHO

A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Es necesario especificar que el principio de proporcionalidad suele aplicarse con diferentes intensidades, materia que en la doctrina alemana ha tratado R. Alexy,¹⁹ que debe tener en consideración "la seguridad que ofrecen las premisas empíricas analíticas y normativas relevantes, y de acuerdo con la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental objeto de consideración".²⁰

En tal perspectiva, puede sostenerse que mientras sea mayor o más intensa la injerencia en el derecho fundamental y más segu-

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 2235-2004-AA/TC, fundamento jurídico 6°.

¹⁹ ALEXY, R. "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 66, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales.

²⁰ BERNAL PUIGRO, CARLOS, 2005, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, p. 265.

ras sean las premisas relevantes, debe ser más estricto el escrutinio en base al principio de proporcionalidad.

La *Corte Constitucional colombiana* ha asumido la matización de la intensidad del control en base al principio de proporcionalidad, que tiene sus raíces en la Jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana respecto de la aplicación de la equal protection, que se encuentra en la decimocuarta enmienda, que como señala la Corte Constitucional colombiana "se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los 'escrutinios' o 'tests' de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)".²¹

La Corte Constitucional colombiana ha precisado que la aplicación de la escala de intensidades en el enjuiciamiento de la igualdad busca amoldar "la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador" a las exigencias del principio democrático y la separación de las ramas del poder público.²²

Para la Corte Constitucional colombiana, el escrutinio débil, determina que un acto jurídico será declarado constitucional si el trato diferente que se enjuicia es "una medida potencialmente adecuada para alcanzar el propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico".²³ En tal perspectiva, el escrutinio débil exige que el trato diferente tenga un objetivo legítimo, y que el trato legislativo sea adecuado para alcanzarlo y que no esté prohibido por la Carta Fundamental. El trato será inconstitucional si su objetivo está prohibido por la Constitución o si su tratamiento legislativo es manifestamente inadecuado para alcanzar el fin legítimo constitucional.²⁴

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-093 de 2001.

²² Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-673 de 2001.

²³ Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-093 de 2001.

²⁴ Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-445 de 1995.

El escrutinio estricto, que proviene de la jurisprudencia norteamericana sobre el principio de la igualdad gestada en la década de los años sesenta del siglo pasado se desartuló a partir de la constatación de que el *rational basis-test* no era adecuado para el escrutinio de los tratos diferenciados que afectaban a grupos que habían sido tradicionalmente discriminados y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial de parte del Estado norteamericano. El escrutinio estricto se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. La Corte colombiana aplicó el escrutinio estricto a los criterios potencialmente discriminatorios, considerando tales los que aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados constitucionalmente, los que restringen derechos fundamentales y los que afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en debilidad manifiesta, con especial deber de protección de parte del Estado, a ellos se han agregado, aquellas diferencias que se fundan en rasgos permanentes de las personas de las cuales ellas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, las que afectan a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias, y aquellos que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.²⁵ En tales casos la constitucionalidad de la medida que establece un trato diferenciado debe cumplir dos exigencias: que la medida persiga un fin constitucionalmente imperioso o fin imperioso para la sociedad o el Estado y que la medida sea indispensable para alcanzarlo, siendo la única o aquella más idónea para el logro del fin.

²⁵ BENSAL PEUÑO, CARLOS, 2005, *El derecho de los derechos*, op. cit., pp. 267-268.

El escrutinio intermedio fue desarrollado por la jurisprudencia norteamericana en la década de los setenta del siglo pasado, situándose a medio camino entre el escrutinio débil y el escrutinio estricto, aplicándose a los casos en que el Estado concreta diferencias fundadas en criterios sospechosos para intentar lograr una igualdad de oportunidades para grupos tradicionalmente discriminados, se trata de las medidas positivas o de discriminación inversa. La Corte Constitucional colombiana aplica el escrutinio intermedio cuando la medida o norma puede afectar el goce de un derecho constitucional considerado no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.³⁵

La misma perspectiva con matizaciones es asumida por el Tribunal Constitucional peruano, su jurisprudencia precisa:

“35. Intensidad de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:

- Intensidad grave
- Intensidad media
- Intensidad leve

a) Una intervención es de *intensidad grave* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.

b) Una intervención es de *intensidad media* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2 N° 2: origen raza, sexo, idioma, religión,

³⁵ Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-673 de 2001.

opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de *intensidad leve* cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

“36. La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación de las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto del primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional”.

5. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

El Tribunal Constitucional chileno desde sus primeros fallos ha utilizado el principio de razonabilidad en materia de interpretación y aplicación de la Constitución.

El principio de razonabilidad constituye una orientación ineludible pero plástica como presupuesto epistemológico, ello le da sentido al ordenamiento, sin anular el sentido crítico que se impone como principio de toda interpretación.

El vocablo razonable deriva del latín *rationalis*, que implica justo, conforme a la razón. Lalonde en su diccionario técnico y crítico de la filosofía señala que *raisonnable* significa que posee razón, que obra de manera que evidencia un juicio sano y normal. Geny se refiere a la razonabilidad como una fórmula clásica, un criterio no fijo ni rígido o estructurado, sino adaptable a varias situaciones y extensible en diversas direcciones.

Freund señala que en la esfera de lo judicial razonabilidad (*reasonableness*) es moderación y proporcionalidad de medios a fines. Aienza afirma que la razonabilidad sería un concepto subsidiario de la "estricta racionalidad" de los procedimientos y razonamientos que conducen a las decisiones jurisdiccionales. Para el autor, sólo cuando mediante los criterios de estricta racionalidad no pueda adoptarse una decisión, entonces debe adoptarse una decisión razonable.²⁷

Una decisión es razonable cuando cumple con dos condiciones: 1. Cuando presenta un equilibrio entre las exigencias contrapuestas que deben considerarse en el caso en análisis, y 2. Si ella es admisible para la comunidad, entendida como auditorio ideal.

Esta perspectiva es rechazada por otros autores, ya que la razonabilidad implica necesariamente criterios de racionalidad, lo que permite considerar los argumentos generalmente aceptables y apoyados en el consenso de la sociedad, que se basen en la claridad, la consistencia y coherencia. Toda decisión razonable presupone criterios de racionalidad.

En una segunda aproximación, se entiende por decisión razonable aquella que se funda en una razón jurídica legítima, en una decisión que no sea arbitraria o que carezca de motivación,

²⁷ AIENZA, M., 1989, "Sabre lo razonable en el derecho" en *Revista Española de Derecho Constitucional* No 7, pp. 93 y ss. Asimismo, 1987, "Para una razonable definición de «razonable»", en *Doctrina* No 4, pp. 193 y ss.

como lo exige el artículo 19 No 2 de nuestra Carta Fundamental. Ello implica al ámbito de la idoneidad de un acto que contribuya a alcanzar un objetivo jurídico relevante en forma proporcionada.

Ricardo Haro tratando de precisar el concepto nos señala que lo *razonable* es "lo justo y equitativo, lo conforme con los principios y creencias de la Constitución, según las condiciones de persona, tiempo, modo y lugar y en función de todos los valores que integran el plexo axiológico del ordenamiento constitucional (vida, libertad, igualdad, solidaridad, paz, seguridad, orden, bienestar, etc)".²⁸

La razonabilidad se funda en la ponderación y sopesamiento de valores. La lógica de lo razonable exige considerar la prudencia, la experiencia, la dialéctica, el razonamiento problemático y la equidad.²⁹

Valenzuela Somariva, quien fue Ministro del Tribunal Constitucional chileno, ha señalado que el principio de razonabilidad "se estructura sobre una base objetiva constituida por pautas fundadas en conceptos y valores básicos, expresados en forma explícita o subyacentes en el ordenamiento constitucional, teniendo primordial relevancia entre ellos el de Justicia y el Bien Común", agregando que "su aplicación nunca debe traducirse en una simple apreciación subjetiva del intérprete, pues, por esencia, es contrario al metro arbitrio o discernimiento de quien lo invoca. Lo anterior se traduce en la necesidad de una debida argumentación como base explicativa de la razonabilidad".³⁰

²⁸ HARO, RICARDO, 2005, "El control de razonabilidad en la Corte Suprema de la Nación Argentina", en *VV. AA.*, 2005, *Derecho constitucional contemporáneo*, Belo Horizonte, Livraria del Rey Editoria Ltda., p. 710.

²⁹ Ver sobre el principio de razonabilidad el interesante texto de SCARCEA, GINO, 2000, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Ed. Giuffrè.

³⁰ VALENZUELA SOMARIVA, EUGENIO, 2005, *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Primeros parte. Principios generales*, Santiago de Chile, Ed. Tribunal Constitucional de Chile.

El Tribunal Constitucional chileno ha utilizado el postulado de la razonabilidad en su labor jurisdiccional, en diversas oportunidades. Así como ejemplo puede citarse su fallo sobre la Ley Orgánica de Partidos Políticos,³¹ determinó que la Carta Fundamental ha entregado al legislador regular y completar el derecho de asociación política, razón por la cual el legislador debe reglar, "en forma prudente y dentro de latitudes razonables, la materia de que se trata, ya que de lo contrario podría invalidarse un campo que es propio de la ley".

A su vez, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 2002 sobre el traspaso del Liceo Experimental Manuel de Salas desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación a la Universidad de Chile, se precisa: "Que, por otra parte, no puede dejarse de manifestarse que no resulta razonable ni prudente, que una ley que se limita tan solo a traspasar la dependencia de un establecimiento de enseñanza de una universidad estatal a otra, tenga el carácter de orgánica constitucional. Como ha tenido ocasión de señalarlo este tribunal, resulta evidente que, de acuerdo con el sentido con que dichas leyes fueron incorporadas a la Constitución Política y con las características que le son propias, ellas deben contemplar la organización básica, el contenido sustancial de las instituciones que están llamadas a regir, tratándose como ocurre en la especie, de la conformación de la Administración Pública, atendiendo el claro tenor del artículo 38, inciso primero de la Carta Fundamental.

"Ha de concluirse, por lo tanto, que sólo le corresponde al legislador orgánico determinar la estructura esencial de las instituciones que constituyen la administración del Estado para que estas alcancen un armónico y adecuado funcionamiento, lo que no se aviene con el contenido del proyecto objeto del presente requerimiento".³²

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 93, de 24 de febrero de 1987.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 352, de 15 de julio de 2002, considerando 35°.

Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2003, sobre el Acuerdo que aprueba la Convención Interamericana sobre Despartición Forzada de Personas, que se pronuncia sobre la aparente contradicción entre los artículos 50 N° 1 (actual artículo 54 N° 1) y 63 (actual artículo 66) de la Constitución, precisa que "De esta manera, interpretando ambas normas constitucionales de forma razonable, fuera es concluir que las disposiciones del tratado —en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza— se aprobarán o rechazarán aplicando el quórum que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado por la respectiva Cámara legislativa cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella. En caso que una o más disposiciones de la respectiva Convención fuere desestimada, el proyecto de acuerdo debe entenderse rechazado como un todo".³³

Por último, el Tribunal Constitucional chileno aplica también como elemento de interpretación lo que denomina "razonabilidad técnica", la que se conceptualiza como "aquel método que requiere de una justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos".³⁴

El Tribunal Constitucional chileno sólo a partir de la segunda mitad de la presente década ha comenzado a utilizar el principio de proporcionalidad, vacilante en sus comienzos, con mayor convencimiento en los últimos años de esta primera década del siglo XXI, con cita en algunas oportunidades de doctrina española y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 383, de 5 de septiembre de 2003, considerando 25.

³⁴ VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO, 2005, *Criterios de determinación constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Santiago, Ed. Tribunal Constitucional de Chile, p. 56.

El Tribunal Constitucional no ha explicitado claramente dónde se encuentra la base normativa para la aplicación del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. En nuestra opinión el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho.

El Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 541-2006, explicita que si bien no le está permitido calificar el mérito de las normas legislativas, al realizar el control de constitucionalidad de la razonabilidad de la norma legislativa, debe aplicar el principio de proporcionalidad:

“Décimo quinto. Que, si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación.

La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común.”³⁵

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 541, de 26 de diciembre de 2006, considerando 15°.

El Tribunal Constitucional chileno asume el principio de proporcionalidad como parámetro de control en materia de igualdad ante la ley, en diversos casos.

En un caso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 790-07, referente a la aplicación de una ley de reajuste de pensiones, determina que

“es necesario atender a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma.”³⁶

A su vez, el fallo del Tribunal Constitucional, Rol N° 986-2007 de enero de 2008, vuelve sobre la materia, explicitando que la actividad legislativa no puede producir diferencias arbitrarias, ya que ello vulnera derechos fundamentales, precisando que:

“[...] un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tiene o no fundamentación de algún tipo, resultando arbitrario aquello que carece de fundamento. Ya superada dicha barrera, corresponde calificar la legitimidad de la causa de la diferencia de trato y la legitimidad de la finalidad perseguida; para posteriormente llegar a la coherencia de ellas con los medios utilizados, y finalmente arribar al resultado buscado por el legislador.”³⁷

El Tribunal Constitucional chileno ha aplicado el principio de proporcionalidad, en materia de igualdad ante la ley, utilizando la cita de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, considerando inaplicable por inconstitucional, la disposición del Código Orgánico de Tribunales, que establece la obligatoriedad

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 790-07, de 11 de diciembre de 2007, considerando 21°.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 986-2007, de 30 de enero de 2008, caso Aaron Vásquez, considerando 31°.

de una prestación profesional gratuita como carga pública de los abogados, a través de la institución de los abogados de turno, la que más tarde expulsará del ordenamiento jurídico chileno:

³⁷Trigésimo noveno: Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42):

Cuadragésimo: 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). En otras palabras, como también lo ha señalado esta Magistratura (Rol N° 790), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados:

Cuadragésimo primero: Que la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador —la gratuidad— puede transformarse en gravoso si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender

asuntos en desmedido de aquellos que ha asumido libremente, lo que puede tornarse en una situación imposible de sostener, y aún de ejecutar satisfactoriamente, más todavía, si se piensa que la obligación se mantendrá hasta el término efectivo del juicio que puede importar un largo período de tramitación. Como se aprecia, para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no puedan procurársela por sí mismo, el legislador puede emplear el medio —por cierto excepcional y supletorio— de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circuntancia de que no se remunere dicha labor profesional. Así, tal carga de gratuidad no aparece como un medio necesario ni se justifica para alcanzar el fin constitucional perseguido".³⁸

También ha determinado en sentencia Rol N° 1.234-08-INA, respecto del derecho a la igualdad ante la ley, que

"(...) para poder determinar si se infringe o no la igualdad ante la ley debe atenderse a la finalidad del legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trate, finalidad que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma. En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados (roles N° 755 y 790)".³⁹

El Tribunal Constitucional, en sentencia Rol 1361-09, examinando requerimiento contra la Ley General de Educación

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 755-2007, de treinta y uno de marzo de dos mil ocho, considerando 39 a 41°.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1260-08 INA, de 7 de julio de 2009, considerando 13°.

encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean —las mismas restricciones proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padecerán en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes—. (Ver al respecto roles N° 541, 1.046 y 1.061, entre otros).⁴³

En recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se cuestiona ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 541-2006, la disposición contemplada en el artículo 42, inciso primero, del DFL N° 164, de 1991, Ley de Concesiones, en cuanto dispone que el Juez de Policía Local, al ordenar el pago del peaje, deberá imponer al condenado una indemnización compensatoria a favor del concesionario, de un valor equivalente a 40 veces el pago in-cumplido, más el reajuste entre la fecha del incumplimiento y la del pago efectivo; o bien, el valor equivalente a 2 unidades tributarias mensuales, estando obligado a imponer la de mayor valor. La citada disposición, según el requirente, aparece en pugna con las normas constitucionales relativas a la propiedad —artículo 19 N° 24 y 26—, en lo que se refiere a la indemnización compensatoria, que se fija en un valor único —cuyo monto resultante puede importar una expropiación de facto—, sin que se considere la real existencia de perjuicios.

Se trata de una indemnización que no se ajusta a los cánones establecidos en la legislación que configura el estatuto de la propiedad, pudiendo llegar a constituir un Enriquecimiento injusto, desde que no responde a la existencia de un daño, especialmente si se tiene presente que previamente se ha ordenado el pago de la tarifa adeudada, con intereses y reajustes.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1260-08 INA, de 7 de mayo de 2009.

El Tribunal Constitucional constata que dicha norma fue objeto de control preventivo de constitucionalidad, sin que, en dicho momento, en control abstracto se percibiera una situación de inconstitucionalidad, lo que sin perjuicio de su mérito intrínseco y de los efectos generales que provoca en el ordenamiento jurídico, la declaración sobre conformidad constitucional expedida en el control previo no produce cosa juzgada en este proceso, porque tiene un objeto distinto y los institutos en juego —compulsatoria de constitucionalidad e inaplicabilidad en gestión ante un tribunal ordinario o especial— responden a finalidades distintas.⁴⁴ El Tribunal Constitucional determina que en este caso no hay expropiación ni confiscación, sino una "sanción civil derivada del precepto en examen no constituye la pena de confiscación de bienes y, cuando más, incide en el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, que deriva de la función social de la propiedad, referida a su utilidad pública".⁴⁵

"Décimo sexto. Que el fin lícito de la limitación establecida en el precepto observado, consiste en asegurar el adecuado funcionamiento del sistema concesionado de infraestructura. Así se desprende del mensaje de la Ley N° 19.460, en cuanto consigna que "muchas de estas tarifas y peajes a usuarios pueden carecer de un valor unitario que justifique su cobro judicial, pero si llegase a masificarse la práctica del no pago de las tarifas todo el sistema de concesiones, con su importante aporte a la solución del déficit de la infraestructura, se pondría en serias dificultades".

El alto valor de la multa en relación a la magnitud del incumplimiento —sustento real de la crítica a la norma— no constituye el

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 541 de 26 de diciembre de 2006, considerando 2°.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 541 de 26 de diciembre de 2006, considerando 13°.

parámetro de proporcionalidad en el caso, por cuanto, como se ha dicho, el mismo se determina con la adecuación del límite a la finalidad lícita perseguida. La multa representa un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan en riesgo el régimen de concesiones, afectando el interés colectivo que su eficaz desenvolvimiento procura. De lo razonado aparece, pues, que los derechos constitucionales pertinentes no han sido impedidos en su ejercicio ni entorpecidos en grado intolerable.

Décimo séptimo. Que, sin perjuicio de lo que precedentemente se expone, es pertinente recordar que el examen que debe practicarse, en esta sede, versa sobre los efectos o resultados—contrarios o no a la Constitución—que el precepto legal produce en la gestión judicial pertinente.

Para descartar una vulneración del principio de proporcionalidad en el caso de que se trata, esta Magistratura no puede desatender la circunstancia de que la sanción se impone por infracciones reiteradas de obligaciones legales y que, asimismo, no se han establecido elementos de los que surja necesariamente una relación desequilibrada, en el contexto del sistema de concesiones, entre los valores recaudados por la concesionaria a título de multas y lo que deja de percibir por concepto de no pago de tarifa.⁴⁵

A su vez, en materia penal, el Tribunal Constitucional, ha dejado libre y discrecional campo a la regulación legislativa, sin aplicación del principio de proporcionalidad en la materia, olvidando la función de protección de los derechos fundamentales como parte del ordenamiento objetivo constitucional:

"Que la diferencia persigue una finalidad que el legislador puede lícitamente pretender. En efecto, a éste se le encarga privativamente asig-

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 541 de 26 de diciembre de 2006, considerandos 16° y 17°.

*nar penas a los delitos con el fin de proteger a la propia sociedad de su comisión. Dentro de ciertos márgenes constitucionales, como son la prohibición de aplicar apremios ilegítimos, tratos crueles e inhumanos o la pena de muerte fuera de los casos excepcionados, la mayor o menor severidad con que se castiguen determinados delitos cae dentro de la esfera de discreción del legislador en su legítimo afán por prevenir su ocurrencia."*⁴⁶

El Tribunal en la materia, sobre la aplicación del subprincipio de necesidad o intervención mínima en materia penal, estántendándose con que la medida legislativa no sea irracional, con lo cual desnaturaliza el test de proporcionalidad:

*"...Para el logro de la finalidad lícita de prevenir la comisión de ciertos delitos, el legislador ha empleado un medio que debe considerarse idóneo... De ese modo, el legislador, para conseguir el abtamiento de ciertos ilícitos, escoge privar a los responsables de ellos de la disminución de las penas (...). Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos (...)"*⁴⁷

Cabe explicitar que si bien el Tribunal Constitucional chileno en la segunda mitad de esta década ha comenzado a aplicar el

⁴⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional Rol N° 787-07, de 18 de diciembre de 2007 y Rol N° 1.276-08, de 7 de mayo de 2009, en sus respectivos considerandos vigésimos.

⁴⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional Rol N° 787-07 y Rol N° 1.276-08, en sus respectivos considerandos vigésimo segundo de las sentencias Rol N° 787-07 y Rol N° 1.276-08.

principio de proporcionalidad, aun cuando no siempre considera los tres subprincipios básicos en forma escalonada que deben ser considerados para que la disposición legal pase efectivamente el test de la proporcionalidad. En diversas ocasiones el Tribunal Constitucional se queda en el análisis del fin constitucionalmente legítimo y el subprincipio de adecuación de medios al fin, sin realizar el control de la determinación de la existencia de otros medios igualmente idóneos para el logro del fin sin el sacrificio tan significativo del derecho restringido, como asimismo, no hay mucha argumentación sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha aplicado dicho principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos sociales. En materia del derecho a la protección de la salud, en el ámbito de los contratos de salud con una ISAPRE, analizando la razonabilidad y proporcionalidad de los factores que permiten el alza de las cotizaciones de los planes de salud, ha precisado que:

"Que la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo a su magnitud, la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente. Esta circunstancia, al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud. Deviene insoportable, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido resuelta la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. Este, por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya demostrado, debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, v. gr., al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse;

"Que, en el caso concreto y singular sub lite, al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución;"⁴⁸

En materia del derecho a la tutela judicial o el derecho a la jurisdicción, el Tribunal Constitucional usa el principio de proporcionalidad con elemento para calificar la constitucionalidad de las restricciones al acceso a la jurisdicción. Así ocurre en requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 1.046, en que se solicita declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 171 del Código Sanitario, en aquella parte que establece una exigencia del pago previo del total de la multa para admitir a tramitación una apelación en contra de una sanción aplicada por el Servicio Nacional de Salud "Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa", vale decir la institución del "solve y repete", lo que se considera contrario a la Carta Fundamental, en caso de aplicarse en la causa civil, Rol Corte 293-2008, caratulada "Sergio Concha San Martín y otra con SEREMI de Salud Región Bio Bío", sobre reclamación de multas del Código Sanitario, que actualmente se tramita en la Corte de Apelaciones de Concepción.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerandos 61° y 62°.

La parte requirente sostiene que aplicar la parte impugnada del precepto en la gestión pendiente vulnera el derecho de su parte a acceder a la justicia y también la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, que argumenta se encuentran consagrados respectivamente en el inciso quinto del numeral 3º del artículo 19 y en el mismo numeral y artículo de la Carta Fundamental. De ese modo, la parte pretende que, declarada por esta Magistratura la inaplicabilidad de la parte impugnada del precepto legal, los tribunales del fondo queden habilitados para conocer y resolver su reclamación en contra de las sanciones que la autoridad sanitaria le ha impuesto, sin verse obligada a comprobar el previo pago de la multa.

Vigésimo segundo: Que, habiéndose concluido en los dos considerandos que anteceden que el requirente goza de la garantía de acceso a la justicia y que el precepto impugnado restringe o limita ese derecho, resulta necesario examinar si dicha limitación o restricción se encuentra o no en los márgenes tolerados por la Carta Fundamental.

Al efecto, este Tribunal ha establecido que si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean —las mismas restricciones proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padecan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes (doctrina que puede encontrarse expuesta, entre otros, en el considerando 15º de la sentencia de 26 de diciembre de 2006, dictada por este Tribunal en la causa Rol N° 541).

Asimismo, este Tribunal ha exigido que las restricciones o limitaciones al ejercicio de un derecho se encuentren determinadas por el legislador, no vulneren el principio de igualdad ante la ley y respe-

ten el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que prohíbe afectar los derechos en su esencia e imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Al explicar el alcance de lo que significa impedir el libre ejercicio de un derecho, esta Magistratura ha afirmado consistentemente que ello ocurre cuando el legislador "lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica" (Sentencia de 24 de febrero de 1987, rol 43, reiterado en varias sentencias posteriores). De análogo modo, el Tribunal ha reiterado que el legislador, dentro de su ámbito de autonomía para legislar, debe elegir aquellas opciones que impliquen una limitación menor de los derechos, estándole prohibido afectar su contenido más allá de lo razonable, con relación a los objetivos que se quiere lograr. Asimismo, el Tribunal ha sostenido que si bien el legislador tiene autonomía para regular el ejercicio de un derecho, debe hacerlo "en forma prudente y dentro de latitudes razonables" (Sentencias de fechas 30 de octubre de 1995 y 20 de octubre de 1998, roles 226 y 280, respectivamente).

Cualquiera sea entonces el camino que se siga para estudiar la constitucionalidad de las normas en examen, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican. "

Vigésimo tercero (...) la justicia contenida en la norma impugnada satisface la exigencia de encontrarse clara y suficientemente determinada en el ley, del momento en que ella misma exige, para acceder a la instancia de revisión judicial, del cumplimiento de la precisa obligación de consignar la totalidad de una multa que ya ha sido determinada por la administración.

Vigésimo cuarto: Que, en cambio, la restricción al ejercicio del derecho de acceso a la justicia que se examina, no cumple con la

obligación de resultar razonable; esto es, idónea para alcanzar un fin constitucionalmente lícito e imponer un gravamen que se justifique como proporcional al logro de tales fines lícitos. Al efecto, la parte requerida ha alegado que el mecanismo de la consignación previa cumpliría razonablemente con los objetivos de evitar que los sancionados persistan en su conducta y de evitar reclamos injustificados o litigación frívola. Ninguno de esos objetivos puede justificar razonablemente tan severa restricción al derecho de acceder a la justicia, como se analizará en los considerandos que siguen. Tampoco el mecanismo puede justificarse en función de dar eficacia (directa) a las resoluciones administrativas, motivo que suele aducirse para explicar la figura del llamado solve et repete en ellas, ni tampoco, según se razonará, el de la especie cumple con los estándares mencionados, si se considera la finalidad de evitar que las multas pierdan eficacia, tanto en su aplicación como en la oportunidad de su pago.

Vigésimo quinto: Que el Consejo de Defensa del Estado argumentó que la previa consignación se justificaba en la especie como un modo de evitar que los infractores persistieran en su conducta. A su juicio, si no existiera la obligación de consignación previa, el infractor podría reclamar y, mientras se resuelve su reclamo, continuar cometiendo la infracción. Esa argumentación no convence a este Tribunal, en primer lugar, por cuanto, en el caso sublite, el local se encuentra clausurado, lo que hace imposible que el infractor persista en la conducta que motivó la sanción, salvo que la interposición del reclamo suspenda el cumplimiento de la sanción.

Al efecto, es importante tener presente que el artículo 172 del Código Sanitario dispone que "las sentencias que dicte la autoridad sanitaria podrán cumplirse no obstante encontrarse pendiente la reclamación a que se refiere el artículo anterior, ...".

En consecuencia, y del momento en que la reclamación no suspende el cumplimiento de la sanción sanitaria, no puede estimarse que la traba para reclamar agregue eficacia a la función preventiva de la sanción. Pero, aunque así no fuera, es fuerza entender que la obliga-

ción de consignación previa para reclamar es estrictamente independiente de que el reclamo suspenda, de pleno derecho, el cumplimiento de la sanción o que el juez pueda, de oficio o a petición de parte, suspender su cumplimiento, resolución que puede estar sujeta a causas legales más o menos exigentes o al solo criterio del juez. Cualquiera forma de regulación de suspensión de la medida reclamada puede coexistir con o sin la regla que exige el previo pago de la multa y con sus diversas modalidades de procedencia. La de la (no) suspensión de la sanción sí es un medio idóneo para el fin alegado por el Consejo de Defensa. La previa consignación no lo es, en primer lugar, porque si el reclamo suspendiera la aplicación de la sanción, la exigencia de consignación no impediría que el infractor consignara y persistiera en su conducta infraccional mientras se ventila su reclamo. En consecuencia, si la exigencia de consignar cumple esa función, es porque inhibe el reclamo del supuesto infractor y, en ese evento, tampoco suspende nada, porque la sanción queda a firme, sólo que se obtiene ese resultado a un costo que no resulta proporcional, como lo es el de impedir la reclamación del sancionado en sede judicial.

Vigésimo sexto: Que la pretensión de justificar la exigencia de previa consignación de la multa para admitir a tramitación el reclamo frívola, en razón de evitar reclamos injustificados o litigación frívola, tampoco es aceptable. Desde luego porque en nada impide la litigación frívola. El sancionado con capacidad de pago tendrá la misma tentación de litigación frívola si posteriormente puede recuperar el dinero pagado que sí puede evitar el pago. En segundo lugar, porque, como se ha visto, en la especie, la reclamación judicial no suspende lo resuelto por la autoridad sanitaria, por lo que el reclamante se verá sometido igual a cumplir con la sanción de multa y su litigación—frívola o no frívola—tendrá igualmente por objeto recuperar lo que se ha pagado. La única diferencia es que el pago de la multa, establecido como solve et repete, esto es, como condición de admisibilidad del reclamo judicial, es de pago más seguro que el crédito que emana de una sanción, pero ello en nada ayuda a desincentivar la litigación infundada, pues el mecanismo se aplica por

garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, que consagra la Carta Fundamental en el numeral 3º de su artículo 19º y así se declarará."⁴⁹

Más tarde, el Tribunal Constitucional en sentencia Rol 1345-09-INC, expulsará del ordenamiento jurídico el artículo 171 del Código Sanitario en la parte correspondiente al "solvo y repete" que exige el pago de la multa como requisito previo para poder acceder a la jurisdicción, argumentando en base al principio de proporcionalidad en relación a la restricción legal del derecho de acceso a la jurisdicción establecida por el legislador:

"Décimo cuarto: Que cabe ahora considerar si la limitación al derecho de acceso a la justicia que se examina encuentra su justificación como un modo idóneo y proporcional para dar eficacia directa a las resoluciones administrativas, las que gozan de presunción de legalidad, y de reconocer el imperio del que están dotadas.

Desde luego, debe darse por establecido que el supuesto de este argumento, cual es la presunción de legalidad de los actos de la administración, recogido expresamente en una norma legal, resulta concordante con fines constitucionales, como los ya referidos en el considerando anterior. La vigencia misma de un Estado de Derecho se haría francamente dificultosa si no se partiera de este supuesto y los actos de la Administración no tuvieran valor hasta tanto fueran impugnados y validados en sede judicial o por la vía de otros mecanismos de control.

Tal como se ha sostenido en sentencia recaída en el Rol N° 1.173, tal presunción debe resultar congruente con el control en el ejercicio de las potestades de los órganos del Estado que pretende asegurar que los derechos fundamentales sean efectivamente respetados y

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.846, de 22 de julio de 2008, considerandos 23º al 29º.

promovidos, como se desprende del inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, sobre todo, porque, hoy por hoy, dichos derechos no sólo representarían facultades subjetivas de su titular, sino que son elementos fundantes y estructuradores de todo el ordenamiento jurídico positivo (considerando 10º). La legitimidad de los fines obliga a preguntarse si la restricción al acceso a la jurisdicción que se examina resulta exigida, necesaria o siquiera conveniente para la presunción de legalidad de los actos administrativos.

Este Tribunal no encuentra el estabón lógico necesario de la justificación del requisito que impone el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario para el ejercicio de la acción de reclamo, pues la eficacia y el imperio de las resoluciones administrativas dicen relación con su cumplimiento y no con las barreras que se establecen para reclamar de ellas. El imperio de las resoluciones administrativas podría servir como argumento — más o menos convincente, no es del caso examinarlo ahora — para sustentar que el reclamo judicial no suspenda siempre y de pleno derecho el cumplimiento de la sanción; pero ello es enteramente independiente a establecer una barrera que dificulte severamente la capacidad de reclamar judicialmente lo resuelto por la Administración.

Como ya se ha explicado, es perfectamente posible que la barrera de acceso a la justicia desaparezca y luego se establezcan mecanismos destinados a la eficacia directa de lo resuelto por la Administración, mientras ello se discurre por la justicia. En la especie, por lo demás, el artículo 172 del Código Sanitario, ya transcrito, establece que el cumplimiento de lo resuelto por la autoridad sanitaria no se suspende por el reclamo judicial;

Décimo quinto: Que, por último, tampoco es posible concluir que la barrera de acceso a la justicia, consistente en la necesidad de consignar la multa, pueda justificarse como un instrumento lícito, idóneo y proporcional para evitar que las multas pierdan eficacia, tanto en su aplicación como en la oportunidad de su pago. Desde luego, y como se ha visto, porque para lograr que la tramitación del

reclamo en contra de una sanción no afecte en demasía la eficacia de la multa y la oportunidad en su cumplimiento, el derecho cuente con una serie de instrumentos relativos a los efectos, suspensivos o no, de la reclamación judicial sobre la ejecución de la sanción. En la especie, el artículo 172 del Código Sanitario establece el más favorable a la Administración y el más severo para el sancionado, como es que lo resuelto por la Administración pueda cumplirse, no obstante la reclamación judicial:

Décimo sexto: Que, en consecuencia, aceptando la tesis sostenida por el Instituto de Salud Pública, en el sentido de que el derecho de acceso a la justicia no sea absoluto y pueda tener que balancearse para que se alcancen otros derechos o fines constitucionalmente lícitos, como puede ser el de evitar la litigación infundada o puramente dilatoria, así como asegurar la eficacia de las sanciones administrativas y su imperio, no se sigue que el particular modo en que el precepto legal procura ese fin, resulte idóneo y proporcional y, por ende, justificado. La barrera de acceso a la justicia del Código Sanitario que se examina, consistente en la obligación de consignar la totalidad de la multa para reclamar, agrega poco, como se ha razonado, a la eficacia y oportunidad en el cumplimiento de la sanción. Ese margen de eficacia lo logra al incentivar el pago voluntario y evitar otros modos compulsivos de cumplimiento. Sin embargo, ese margen que agrega a la eficacia y oportunidad es a costa de limitar severamente el acceso a la justicia, lo que constituye una garantía constitucional esencial para el ejercicio de los derechos.

Décimo séptimo: Que la conclusión necesaria de lo razonado en los considerandos precedentes es que el precepto legal contenido en el enunciado normativo que dispone que: "Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa", constituye una barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a un procedimiento racional y justo, que consagra la Carta Fundamental en el numeral 3º de su artículo 19 y así se declarará.

Décimo octavo: Que el Instituto de Salud Pública también ha defendido la constitucionalidad de la norma haciendo ver que el requisito de pago no es inexorable, pues puede ser dejado sin efecto tanto por la autoridad administrativa que aplicó la sanción, como por el juez que conoce del reclamo. Esta alegación no señala en qué precepto legal podría basarse el juez para eximir el cumplimiento de la obligación legal que se examina, en condiciones que la regla legal cuestionada es perentoria y absoluta en exigirle al infractor acompañar el comprobante de haber pagado la multa como requisito necesario para dar curso a su reclamo en sede judicial.

Que el juez pueda con posterioridad al pago de la multa impuesta en sede administrativa decidir sobre el cumplimiento de toda la sanción, no le permite disponer discrecionalmente de la exigencia de pago que se examina como condición indispensable para entrar a conocer de la acción judicial. En consecuencia, para conocer de cualquier suspensión, el juez debe antes entrar al conocimiento del asunto, lo que no puede hacer sin verificar antes que se haya pagado la multa. Que la sanción pueda o no ser suspendida en la propia sede administrativa es enteramente irrelevante a lo razonado, pues lo que está en juego es la justificación de la restricción al acceso a la jurisdicción para aquellos casos en que efectivamente exista una sanción de multa establecida ya en sede administrativa.

Décimo noveno: Que tanto el Instituto de Salud Pública como el Consejo de Defensa del Estado han hecho ver que el mecanismo en examen es común a otros reclamos judiciales de sanciones administrativas. Ello es efectivo, a la luz de los ejemplos que enumeran en sus presentaciones, pero irrelevante frente a la conclusión a que se ha arribado. En esta causa el Tribunal no está llamado a resolver si son o no constitucionales todas y cada una de las normas que prescriben la obligación de pagar todo o parte de las multas establecidas como sanciones administrativas como condición para reclamar de ellas en sede judicial. Desde luego, no todas ellas exigen el pago del total de lo multado; en ciertos de los otros casos que se nos invocan existen y en otros no normas anexas que permiten el cumplimiento

o la suspensión de las sanciones mientras se resuelve el reclamo en sede judicial.

Lo que hemos examinado es la constitucionalidad de una cierta regla contenida en el Código Sanitario. Hemos concluido que ella es contraria a la Carta Fundamental. No hemos juzgado la constitucionalidad de otras normas que guardan con aquella semejanzas y diferencias, ni tampoco hemos juzgado la conformidad con la Constitución de la figura del *solve et repere* en general. Nada de ello nos corresponde:

Vigésimo: Que este Tribunal no avizora que el cese de la vigencia de lo dispuesto en el precepto legal en examen pueda producir efectos negativos sobre el sistema institucional que no se hayan analizado. Tal como se ha razonado, el imperio de las resoluciones que dicte el Servicio Nacional de Salud se mantiene sustantivamente inalterado, pudiendo incluso hacerse efectivas mientras se resuelve la gestión judicial en que son reclamadas y tampoco es posible suponer racionalmente que la desaparición de la norma vaya a incentivar litigación frívola o dilatoria que hoy se encuentre desincentivada;

Vigésimo primero: Que, en cambio, y conforme a lo razonado, la declaración de inconstitucionalidad hará cesar la vigencia de una severa restricción al derecho de accionar judicialmente para que se revisen las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud, la que no cuenta justificación suficiente en la propia Carta Fundamental.

Y VISTO además lo dispuesto en los artículos 19, N° 3, 93, inciso primero, N° 7, e inciso duodécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de ese Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE que es inconstitucional el precepto legal contenido en las expresiones: "Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa", incluidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario. En atención a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 94 de

la Constitución, tales expresiones deben entenderse derogadas desde la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial, lo que deberá verificarse dentro de tercero día de su dictación." ³⁹

6. TEST DE PROPORCIONALIDAD Y RESPETO POR EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Nos parece necesario señalar que la aplicación del test de proporcionalidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto no pueden llegar a desnaturalizar el derecho fundamental afectado en pro de un bien jurídico constitucional, ya que como señala nuestro artículo 19 N° 26, el legislador no puede afectar el contenido esencial del derecho constitucionalmente determinado, en efecto, dicha disposición constitucional asegura a todas las personas "la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece, o que las limiten en los casos que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Al respecto el Tribunal Constitucional chileno se ha pronunciado sobre el sentido y alcance del contenido esencial de los derechos, señalando: *"la esencia del derecho debemos conceptualizar desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su "esencia" cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y*

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1.345-09-INC., 25 de mayo de 2009, considerandos 14° al 21° y parte resolutive.

que se impide «el libre ejercicio» en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.⁵¹

Así lo ha reiterado el Tribunal Constitucional en diversos fallos más recientes:

“38°. Que esta Magistratura ha venido sosteniendo, consistentemente, que se afecta la esencia de un derecho cuando “se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible” (Sentencia Rol N° 43), cuando la respectiva limitación llegue a consistir en la “privación” del derecho (Rol N° 226) y cuando se imponen tributos, requisitos o condiciones que hagan absolutamente inasible el ejercicio del mismo (Sentencia Rol N° 280). Al mismo tiempo, ha entendido que se impide el libre ejercicio de un derecho en aquellos casos en que “el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (Rol N° 43, entre otros).⁵²

En esta materia nuestro Tribunal Constitucional sigue la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional español en sentencia 11/1981, el cual señaló que el contenido esencial del derecho, es una noción con dos acepciones:

“1. Naturaleza jurídica de cada derecho, vale decir, el modo de concebirlo o configurarlo. En ocasiones, el nómen y el alcance de un derecho son previos al momento en que éste resulta regulado por el legislador concreto. El tipo abstracto precixite conceptualmente al momento legislativo, pudiendo hablarse en tal sentido de la reconocibilidad de ese

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987, considerandos 20° y 21°. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Constitucional, roles 200, 226 y 280.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1.182-08-INA, de 18 de noviembre de 2008, considerando 38°.

tipo abstracto en la regulación concreta. Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descripto, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y en las condiciones inherentes en las sociedades democráticas.

“2. Los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho. Con ello se hace referencia a la parte del contenido del derecho que es necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. En esta perspectiva se demuestran el “contenido esencial del derecho” cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.⁵³ Pudiendo ambos criterios utilizarse complementariamente.

El Tribunal Constitucional entra a determinar las características de las limitaciones legislativas de los derechos permisibles, vale decir, aquellas que no vulneran el contenido esencial del derecho:

“46... Cabe agregar, además, que tales limitaciones jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en ‘privación’ del derecho... privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador, situación que conlleva de suyo la vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución”.

“47. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos y circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a

⁵³ Citada por FERNÁNDEZ SEGADA, FRANCISCO, op. cit., p. 489. Ver también, TORRES DEL MORAL, ANTONIO, *Principios de derecho constitucional español*, tercera edición, Madrid, Universidad Complutense, 1992, pp. 365-366.

19, N° 26, de la misma, debe respetar la esencia del derecho de que se trata como también evitar la imposición de condiciones; tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En este sentido, esta Magistratura ha considerado, precisamente, que un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible (sentencia Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987, considerando 21^o).⁸⁸

7. CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad nace como principio de control de constitucionalidad en Alemania, de donde se extiende a los tribunales internacionales de derechos humanos y a otras jurisdicciones constitucionales europeas.

De allí es asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por las jurisdicciones constitucionales de América Latina, teniendo un mayor desarrollo en la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional peruano.

En el ámbito del Tribunal Constitucional chileno, este ha utilizado tradicionalmente el principio de razonabilidad en el ámbito del control de constitucionalidad del legislador. Sólo a partir de la segunda mitad de la presente década ha comenzado a utilizar el principio de proporcionalidad como parámetro de control de constitucionalidad para contener los eventuales excesos del legislador en la restricción de los derechos fundamentales en virtud de otros derechos o bienes constitucionales.

El Tribunal Constitucional ha utilizado el principio de proporcionalidad advirtiendo siempre el respeto al amplio ámbito de configuración del orden jurídico que corresponde al legislador y que no corresponde realizar al tribunal constitucional un control de mérito de las normas legislativas.

No siempre el Tribunal Constitucional ha aplicado el test de la proporcionalidad en forma adecuada, en algunas oportunidades lo hace en forma parcial, refiriéndose sólo a algunos de los subprincipios que lo integran.

El Tribunal Constitucional no ha aplicado el test de proporcionalidad completo especialmente en materia de disposiciones legislativas penales, donde ha dejado al legislador un amplio margen de libertad, el cual no ha sido contenido aplicando el subprincipio de necesidad o intervención mínima respecto de los derechos.

Es necesario precisar que en el ordenamiento constitucional chileno el principio de proporcionalidad no se confunde en una concepción relativa con el principio de respeto al contenido esencial de los derechos por el legislador, ya que este contenido esencial se asume en la doctrina absoluta o en la doctrina instrumental de dicho contenido esencial de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad es un instrumento que los jueces constitucionales deben utilizar para preservar el Estado Constitucional democrático, uno de cuyos componentes básicos son los derechos fundamentales, los que deben ser respetados, asegurados, garantizados y promovidos como lo ordena la Carta Fundamental, tanto en su dimensión de derechos subjetivos como de componentes objetivos del ordenamiento constitucional.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 943-07-INA, de 10 de junio de 2008, considerando 29^o.