



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
MAGÍSTER EN DERECHO
(“*LEGUM MAGISTER*”)



**LA PERTINENCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UN
ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho

**AUTOR: MAURICIO FUENTES DÍAZ
PROFESOR GUÍA: JAIME BASSA MERCADO**

Marzo de 2017

ÍNDICE

-Resumen...	3
-Palabras clave...	3
-Introducción...	3
I. Aproximación general al contenido esencial de los derechos fundamentales...	5
II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como elemento de interpretación de (todos) los derechos fundamentales...	22
1. El contenido esencial absoluto de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional...	23
2. La recepción del principio de proporcionalidad a propósito de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...	30
III. Revisión crítica de la aplicación del principio de proporcionalidad a todos los derechos fundamentales...	41
-Conclusiones...	50
-Bibliografía...	52

RESUMEN

La teoría de los principios jurídicos ha generado una serie de consecuencias para la interpretación jurídica y la argumentación judicial. El trabajo vincula las distintas versiones de esta teoría con el desarrollo doctrinario y los elementos de interpretación utilizados por el Tribunal Constitucional chileno, a propósito de la aplicación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Con este propósito, expone que durante los últimos años el principio de proporcionalidad ha adquirido una creciente relevancia y sostiene que la distinción fuerte entre reglas y principios, del modo en que ha sido recogida por dicho tribunal, presenta una serie de problemáticas que deben ser atendidas. Finalmente, propone la forma en que la clasificación entre directrices y principios en sentido estricto, a partir de la distinción débil entre reglas y principios, permite resolver adecuadamente tales inconvenientes.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales- Jurisprudencia constitucional- Interpretación constitucional- Reglas y principios- Principio de proporcionalidad

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se han producido una serie de transformaciones o cambios de paradigma en relación a la interpretación del derecho y la argumentación jurídica, principalmente a raíz del auge que ha adquirido la teoría de los principios jurídicos. En efecto, la diferenciación entre reglas y principios ha generado relevantes consecuencias en relación a la forma en que la jurisprudencia constitucional ha establecido los límites de los derechos fundamentales a propósito del control de constitucionalidad de las leyes.

El desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se ha producido a partir de la diferenciación entre estos dos tipos de enunciados jurídicos ha operado, a su vez, sobre una noción clásica en el ámbito del derecho público y, específicamente, del Derecho constitucional, consistente en la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. En ese contexto, resulta pertinente reconocer y analizar el alcance que ha adquirido el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional chilena e identificar las deficiencias teóricas que dificultan su utilización para la interpretación de los derechos fundamentales y, particularmente, para la determinación de su contenido esencial.

¿Cuáles son las diferencias entre una noción absoluta y relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales? ¿Existe una vinculación entre la teoría de los principios jurídicos y el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de dicha garantía? ¿Qué consecuencias genera esta distinción para la interpretación de los derechos fundamentales? La primera parte de este trabajo expone los distintos puntos de vista que se han formulado en relación a estas interrogantes, dando cuenta de una aproximación general al contenido esencial de los derechos fundamentales, las razones que explican su surgimiento y las teorías que se han formulado a su respecto.

En la segunda parte se describen los lineamientos de interpretación que han sido utilizados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la aplicación del contenido esencial de los derechos fundamentales. En este acápite se expone que, en un primer momento -particularmente entre los años 1987 y 2006- primó un criterio que puede ser comprendido dentro de la noción del contenido esencial absoluto. Luego, entre los años 2006 y 2016, se explica cómo, de modo gradual, ha asumido gran relevancia la aplicación del principio de proporcionalidad y, particularmente, una versión de la teoría de los principios que sostiene que entre estos y las reglas de derecho existe una distinción lógica, estructural y cualitativa.

Finalmente, en el tercer capítulo, se explican las razones que permiten concluir que la forma en que el Tribunal Constitucional chileno ha asumido la distinción entre reglas y principios, y el efecto que ha atribuido a esta teoría para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, presenta una serie de problemáticas que requieren modificar el criterio jurisprudencial que predomina actualmente. Con dicha finalidad, se propone que la diferenciación entre directrices y principios jurídicos en sentido estricto, a partir de una distinción débil de la teoría principialista, proporciona los elementos que permiten superar dichos cuestionamientos.

I. APROXIMACIÓN GENERAL AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La noción de contenido esencial de los derechos fundamentales surge como un mecanismo destinado a sustraer a las garantías básicas del ordenamiento jurídico de la legislación ordinaria y de los vaivenes de la política, en un contexto dominado por la desconfianza hacia la producción legislativa, lo que se manifiesta en la subordinación de todos los poderes públicos a las normas sobre derechos fundamentales (PAREJO, 1981: pp. 174). Como es bien sabido, ello se explica por la reacción a los totalitarismos y a la experiencia vivida en Europa a raíz de la Segunda Guerra Mundial, y se enmarca dentro del proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos producida a mediados del siglo XX, lo que se concreta, como sostiene CIANCIARDO, en el propósito de asegurar cierta intangibilidad de determinados bienes en concordancia con la necesaria articulación o armonización de pretensiones contradictorias: la de los particulares entre sí o las de los particulares con el Estado (2004: pp. 101).

En efecto, es posible sostener que el desarrollo teórico de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales deriva de la aparición en la doctrina alemana del concepto de “garantías institucionales”, cuyo propósito apunta a conservar el núcleo de ciertas entidades o instituciones entre las que se encuentran, precisamente, los derechos fundamentales (ALDUNATE, 2008: pp. 176). En consecuencia, esta teoría pretende sujetar al legislador a las garantías básicas establecidas en la Constitución, de tal manera de posibilitar su estabilidad y permanencia (BAÑO LEÓN, 1988: pp. 166). Así, tales garantías configuran normas de derecho público que limitan o regulan la actuación legislativa, a diferencia de lo que ocurre con las denominadas garantías de instituto, las que se conforman por disposiciones propias del derecho privado, tales como aquellas que establecen la regulación del matrimonio, del derecho de herencia o de propiedad (ALDUNATE y FUENTES, 1997; pp. 206).

De este modo, la idea de contenido esencial sustrae del legislador cierto ámbito de su competencia con la finalidad de evitar que, a raíz de la regulación que debe

desarrollar respecto de los derechos fundamentales, puedan resultar afectadas las características determinadas y típicas de una institución, sobre todo de aquellas que constituyen sus elementos esenciales o identificatorios (PAREJO, 1981: pp. 170). Asimismo, HÄBERLE sostiene que a través de este mecanismo se favorece el fortalecimiento de los derechos fundamentales, habida cuenta que la regulación legal que los complementa o configura debe apuntar a su desarrollo o enriquecimiento (2003: pp.99).

Con todo, la disposición contenida en un primer momento en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana¹, que prohíbe la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales, no sólo pretende evitar la intervención del legislador sino que, al mismo tiempo, le impone la obligación de desarrollar el contenido de tales derechos. En ese sentido, la legislación y la Constitución se encajan una con otra, generándose una especie de encargo jurídico-constitucional que el legislador debe satisfacer. De ello se deriva una doble función que recae en este: la delimitación de los derechos fundamentales - que, como se ha señalado, no puede afectar su contenido esencial- y la configuración de cada derecho en particular (HÄBERLE, 2003: pp. 168).

Con posterioridad a la consagración de dicha garantía en la Ley Fundamental alemana, una serie de ordenamientos optaron por establecer un mecanismo similar entre sus disposiciones constitucionales. Este proceso generó un debate respecto de la forma en que la jurisprudencia constitucional fue aplicando el contenido esencial de los derechos fundamentales a propósito del control de constitucionalidad de la ley. De ello deriva la distinción entre el contenido absoluto y relativo, generando una clasificación que, como se verá, es posible advertir en el razonamiento conforme al cual el Tribunal Constitucional chileno fue configurando esta garantía.

¹ El referido artículo establece, a propósito de las restricciones a los derechos fundamentales, lo siguiente:
1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no solo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente.
2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental.
3. Los derechos fundamentales se extienden a las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, con arreglo a su respectiva naturaleza, aquellos les sean aplicables.
4. Si alguien es lesionado por la autoridad en sus derechos, tendrá derecho a recurrir ante los tribunales. Cuando no se haya establecido competencia alguna de índole especial, se dará recurso ordinario (*der ordentfiche Rechtsweg*), sin que esto afecte a lo dispuesto en el artículo 10, párrafo 2, segundo inciso.

La primera de ellas, es decir, la teoría absoluta, concibe al contenido esencial como una dimensión fija, con total prescindencia de su aplicabilidad en cada caso en concreto. Tal contenido –o núcleo duro- consiste en una esfera que cuenta con rasgos permanentes que dan forma a cada derecho fundamental, los que se encuentran vedados a la intervención legislativa, y una parte accesoria que puede ser objeto de regulaciones o limitaciones que, en cualquier caso, deben ser justificadas (MARTÍNEZ-PUJALTE, 1997: pp. 30). En cualquier caso, la finalidad de esta distinción apunta a evitar una restricción de un derecho fundamental de tal entidad que finalmente genere su abandono (GORNIG, 2010: pp. 80).

En la misma línea, LANDA describe que esta postura, en lo relativo al valor mínimo o intangible que configura cada derecho fundamental para no dejar de ser tal –esto es, la aplicación de su contenido esencial absoluto- permite ordenar jerárquicamente los derechos fundamentales, lo que se vincula a la posición que, en su momento, cierta parte de la doctrina chilena formuló en relación a la forma de solución de conflictos entre estos². De este modo, esta teoría defiende la pretensión de desarrollar un sistema de límites que torne inmune el contenido esencial de los derechos fundamentales a la acción legislativa de mayorías parlamentarias transitorias (LANDA, 2010; pp. 36).

En ese sentido, el contenido esencial correspondería a una parte específica de un derecho fundamental, la que no se encontraría afectada a la intervención legislativa aun cuando ésta pudiere fundamentarse en la limitación a otro derecho o bien de rango constitucional, tal como ocurriría, por ejemplo, con las referencias que el texto

² Me refiero a las observaciones de CEA EGAÑA (1999: pp. 172 y 173), quien, en una postura que durante los últimos años ha sido objeto de fuertes críticas, sostuvo que las colisiones de derechos humanos son solamente aparentes, de modo tal que en aquellos casos en que no sea posible conciliarlos debe aceptarse “la idea de jerarquía o gradación, de primacía o preponderancia de unos sobre otros de esos derechos”. Asimismo, en su opinión, “en la enumeración del artículo 19 de la Carta Política no se hallan los derechos dispuestos al azar, sino que siguiendo un orden determinado, es decir, la secuencia jerárquica ya enunciada”. Añade que considerando que en ocasiones no es posible armonizar y coordinar el ejercicio de los derechos, “(...) se propugna adherir a la jerarquía descrita, por respeto a los principios y con atención a la vida práctica. Tal orden de prelación no es, por último, arbitrario o caprichoso, sino lógico o racionalmente formulado con sujeción a finalidades de bien común”. Más recientemente, NOGUEIRA (2006: pp. 332) sostiene que la teoría absoluta del contenido esencial conduce irremediabilmente a una jerarquización entre derechos fundamentales, “como asimismo entre estos y otros bienes constitucionalmente determinados”.

constitucional realiza respecto del interés nacional, el funcionamiento correcto de los órganos del Estado o la seguridad nacional. Esta idea apunta a evitar la relativización de estos derechos vedando, en cualquier caso, la intervención legislativa en aquella parte que se ha descrito como núcleo duro (BERTELSEN, 2010: pp. 65). NOGUEIRA describe que, para esta teoría, el contenido esencial constituye una parte del contenido total de un derecho, la que se encontraría garantizada al ser infranqueable para el legislador. Por su lado, la parte periférica del derecho puede ser afectada a propósito de la regulación de derechos fundamentales, siempre que las respectivas restricciones o limitaciones se encuentren debidamente justificadas (2006: pp.332).

Al mismo tiempo, la teoría absoluta comparte algunos de los postulados de aquellas posturas que ven en los derechos fundamentales un mecanismo de defensa ante la intervención estatal -esto es, la “función clásica” que se les atribuye-, cuyo propósito radica en imponer al Estado un deber de respeto y abstención que, en un primer momento, comprendía a la actuación de la administración y, luego, alcanza a la regulación legislativa (ALDUNATE, 2008: pp. 92).

En suma, como describe PRIETO SANCHÍS, esta noción sugiere que el contenido esencial no es más que una parte de un derecho fundamental -justamente aquella que permite su identificación-, cuyo sacrificio implica su completa vulneración. Esto es importante porque, siguiendo esta teoría, el “núcleo duro” que caracteriza a cada derecho fundamental no puede ser restringido ni aun cuando hubiera buenas razones para ello (2014: pp. 232).

Contraria a la teoría absoluta, la teoría relativa del contenido esencial sostiene que los derechos fundamentales carecen de autonomía conceptual -es decir, no reconoce la existencia de un núcleo duro para cada uno de ellos- sino que, casuísticamente, y mediante una labor argumentativa que radica en el intérprete, debe determinarse el límite de cada derecho mediante la aplicación del principio de proporcionalidad (HÄBERLE, 2003: pp. 53). De ese modo, como explica SÁNCHEZ GIL, el contenido esencial es determinable atendidas las circunstancias del caso concreto, luego de ponderarse los beneficios y

perjuicios que se producen para el derecho fundamental intervenido y para el bien jurídico protegido mediante su limitación (SÁNCHEZ GIL, 2007: pp. 112).

En consecuencia, para la teoría relativa no existen elementos que de modo permanente puedan incluirse dentro del contenido del derecho fundamental de que se trate; así, con la finalidad de determinar la constitucionalidad de una medida legislativa restrictiva de derechos fundamentales, debe realizarse un análisis acerca de su justificación en conformidad al principio de proporcionalidad (MARTÍNEZ-PUJALTE, 1997: pp.26). Al mismo tiempo, esta noción se vincula con un aspecto que ha adquirido gran relevancia durante los últimos años, a raíz del auge de las teorías sobre argumentación judicial. Esto es así porque, como señala PRIETO SANCHÍS, la teoría relativa supone una suerte de equiparación entre el contenido esencial y una exigencia de justificación, toda vez que aquél sólo puede ser determinado mediante un proceso aplicable sólo a un caso concreto, en consideración a los derechos que hubieren estado en conflicto (2000: pp.438).

Por su parte, ALEXY señala que, aplicando la teoría relativa, el contenido esencial de los derechos fundamentales sería aquello que resulta de aplicar la ponderación como elemento de interpretación. Esto es relevante porque, siguiendo esta línea de razonamiento, aquellas restricciones que resultan de aplicar el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial ni aun cuando, en un caso en particular, no dejen en pie ninguna parte del derecho fundamental afectado (2014: pp. 259).

Como se ve, esta teoría asigna una gran relevancia a la ponderación de derechos como un elemento clave en la interpretación constitucional, al concebirlas como principios jurídicos que, en la clásica clasificación propuesta por DWORKIN, los distingue de las reglas de derecho que requieren la utilización de la subsunción y de los elementos tradicionales de interpretación jurídica³. Asimismo, resulta evidente que, a propósito de la construcción teórica que sustenta la teoría subjetiva del contenido esencial, juega un rol

³ Siguiendo a MORESO (2010a: pp.86), la subsunción consistiría en “establecer que un determinado caso individual es una instancia de un caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada”.

fundamental la teoría que desarrolló ALEXY a raíz de la referida distinción entre reglas y principios, particularmente respecto a la forma en que, del carácter de principio de los derechos fundamentales, deriva la legitimidad de sus restricciones atendiendo al mayor peso relativo de otro principio en juego.

Como es posible advertir, esta distinción da cuenta de una de las consecuencias que la teoría de los principios jurídicos ha tenido para la teoría del derecho y para la interpretación jurídica. Se trata de una materia que ha sido ampliamente debatida durante los últimos años, considerando que sus implicancias se proyectan sobre múltiples materias, las que, como señala SHAPIRO, tienen que ver con los tipos de normas jurídicas que es posible identificar, con la existencia de discrecionalidad judicial en los casos difíciles, con las reglas de interpretación jurídica y, en fin, con la relación existente entre legalidad y moralidad (2012: pp. 147).

Esta discusión se inicia con las críticas que dirigió DWORKIN a la obra de HART, quien, en el marco de una concepción positivista del derecho, sostiene que éste se compone exclusivamente de reglas primarias o secundarias. De este modo, reglas primarias son aquellas que imponen deberes a los sujetos de derecho, de tal forma que prescriben que “los seres humanos hagan u omitan ciertas cosas, lo quieran o no”, en tanto que las reglas secundarias, por su parte, son aquellas que confieren potestades públicas o privadas, de tal manera que, cumpliendo ciertos requisitos, es posible introducir nuevas reglas primarias, extinguir o modificar reglas anteriores y determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación (HART, 1998: pp. 101). Sostiene HART que ambos estándares, a su vez, se encuentran ligados por lo que denominó “regla de reconocimiento”, lo que les otorgaría validez al constatar que unas y otras fueron creadas por el órgano legislativo o por los jueces que las formularon para casos particulares, estableciéndolas, luego, como precedentes para el futuro (DWORKIN, 2002: pp. 94). Por otra parte, y en relación a la forma en que éstas reglas de derecho han de tener aplicación a casos particulares, deberán utilizarse a la manera de “todo o nada”: con ello, una regla es una norma válida del sistema jurídico aplicándose al caso que se trate o, por el contrario, carece de validez al no

concurrir sus supuestos de hecho, descartándose entonces por completo su aplicación a una hipótesis en particular (CARRIÓ, 1986: pp. 218).

La crítica de DWORKIN a la teoría de HART se origina cuando éste reconoce la existencia de zonas grises en que las reglas de derecho adquieren una textura abierta que requiere necesariamente de una operación interpretativa destinada a esclarecer su alcance y sentido. Esta operación debe ser desarrollada preferentemente por los tribunales quienes, actuando discrecionalmente, asumen entonces una función productora de reglas asemejándose con ello al ejercicio de un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de ley (HART, 1998: pp. 169). DWORKIN señala, a su vez, que en este contexto el intérprete, antes que recurrir a su discrecionalidad, debe aplicar ciertos estándares que HART parece haber olvidado. Estos estándares, denominados principios jurídicos, han de ser observados no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (2002: pp.72). Esta aseveración resulta de gran relevancia porque permite ampliar el espectro de las normas jurídicas, de tal forma que podríamos ubicar dentro de ellas no sólo a las reglas, sino también a los principios, concebidos ya no como normas aplicables bajo el señalado esquema de “todo o nada” propio de las reglas de derecho, sino como hipótesis normativas que deben ser objeto de un ejercicio de ponderación a objeto de evaluar su efectiva aplicación a un caso en particular⁴.

Sin embargo, MARTÍNEZ ZORRILLA advierte que, a pesar del aparente consenso que existe acerca de esta distinción, no existen criterios comúnmente compartidos que nos permitan determinar cuándo se está ante una regla y cuándo ante un principio (2010: pp. 139 y siguientes).

⁴ Con todo, suscribir la referida distinción entre principios y reglas no implica, necesariamente, vincular derecho y moral. En efecto, como sostiene Alfonso GARCÍA FIGUEROA (1998: pp.47), los principios jurídicos pueden ser morales pero también de otra naturaleza, de tal forma que el derecho está compuesto por reglas y principios de diversos tipos, sin que éstos tengan necesariamente un fundamento moral. Por su parte HART (1998: pp. 130), en su respuesta a las críticas de DWORKIN, señala a su vez que “aun cuando puede haber muchas y diversas conexiones contingentes entre Derecho y moral, no hay conexiones conceptuales necesarias entre el contenido del Derecho y la moral; por ende, las disposiciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos”.

El primero de estos criterios dice relación con el nivel de abstracción, generalidad o vaguedad de la norma, de modo tal que serían principios aquellas disposiciones que cuentan con un alto grado de dichas características, mientras que las reglas serían normas más específicas o precisas. Un segundo criterio atiende al grado de importancia de la norma: así, los principios configuran las normas más relevantes de un ordenamiento, en tanto que las reglas serían su continuación o su desarrollo en un nivel normativo inferior. Un tercer criterio considera el carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación de las normas. Este criterio permite concluir que cuando se está ante condiciones de aplicación abiertas, o apenas razones *prima facie* en favor de una decisión, se está ante un principio jurídico, en circunstancias que, cuando el supuesto de hecho de la norma determina con precisión las condiciones que deben darse para su aplicación, se trata de una regla.

Un cuarto criterio deriva de las observaciones de VON WRIGHT, a propósito de la diferenciación entre normas categóricas y normas hipotéticas, esto es, según si sus condiciones de aplicación están establecidas en la norma o dependen de una condición adicional. De este modo, los derechos fundamentales expresados mediante principios jurídicos serían normas categóricas, sin perjuicio que, en concordancia con el tercer criterio, sus condiciones de aplicación se encuentren abiertas.

Finalmente, el quinto criterio propuesto por el autor español recoge la teoría de ALEXY respecto de los principios como mandatos de optimización. De este modo, los principios jurídicos, al ordenar que algo sea realizado en mayor medida posible en consideración a las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, establecen un modelo o ideal susceptible de aplicación gradual, mientras que, tratándose de las reglas, éstas sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Esta teoría, en lugar de considerar las condiciones de aplicación de la norma, que es precisamente lo que propone el tercer criterio, atiende a las consecuencias jurídicas que derivan de su aplicación.

En cualquier caso, y sin importar el criterio que se asuma como más razonable, hay autores que enarbolan una separación fuerte entre reglas y principios, toda vez que existiría una diferenciación lógica, estructural y cualitativa entre estos estándares normativos (ALEXY, 1994: pp. 86; DWORKIN, 2002: pp. 72; ZAGREBELSKY, 1995: pp.109). Otros, en cambio, sostienen que entre ambos existe una separación débil, al haber tan sólo una diferenciación de grado, esto es, en el grado de generalidad de cada uno de estos tipos de enunciados normativos. PRIETO SANCHÍS, en este sentido, advierte que un mismo enunciado normativo puede operar como una regla o como un principio, de tal suerte que esta distinción deja de ser un debate relativo a la estructura de las normas –esto es, no dice relación con la forma de un enunciado lingüístico- para trasladarse a un asunto relativo a las técnicas de interpretación y argumentación (1998: pp. 60). A su turno, según COMANDUCCI, este punto de vista implica que la separación entre reglas y principios es una diferencia apenas contingente, pues el mismo enunciado puede operar como una regla o como un principio en un caso distinto. Asimismo, se trataría de una diferencia relacional – esto es, relativa y no absoluta- y gradual, toda vez que, en último término, depende de la presencia de vaguedad, generalidad, u otros factores, en el enunciado normativo de que se trate para cada caso en concreto (1998, pp. 94).

De este modo, como describe GARCÍA FIGUEROA, el propósito de estas observaciones críticas, dirigidas a la distinción fuerte entre reglas y principios, apunta a demostrar que, a fin de cuentas, las características estructurales y funcionales de las reglas también se encuentran presentes en los principios y, al mismo tiempo, las propiedades que se reconocen en los principios también se encuentran en las reglas (1998, pp.133).

Por último, algunos exponen que no es posible diferenciar ambos tipos de enunciados, de tal forma que, luego del proceso de interpretación y argumentación, las reglas y los principios expresan siempre una norma binaria. De esta forma, en lugar de distinguir entre reglas y principios, sólo cabría reconocer la existencia de normas, aun cuando su uso podría ser distinto en un caso en particular. (AARNIO, 1997: pp. 33; SIECKMANN, 2014: pp. 174; RUIZ, 2007: pp. 18).

Esto demostraría que aun cuando la teoría *dworkiniana* ha sido asumida ampliamente en la teoría y en buena parte de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, no existe claridad respecto de los criterios que permiten distinguir entre ambas nociones de normas. Así las cosas, el único criterio que queda en pie entre las distintas concepciones de reglas y principios dice relación con que éstos configuran normas con alto grado de generalidad, vaguedad e imprecisión, con frecuente presencia en textos constitucionales, y con un importante contenido sustantivo o valórico.

Como es posible suponer, ALEXY se ubica dentro de aquellos que sostiene una diferenciación fuerte. En consecuencia, si cada norma es o un principio o una regla, y si la aplicación de los mandatos de optimización dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso en concreto, estos estándares presentan su mayor aplicación tratándose de los conflictos normativos al interior de una Constitución, en que buena parte de las normas cumplen con los criterios de vaguedad e imprecisión que caracterizan a los principios jurídicos. Así, los conflictos entre estos tipos de normas no son resueltos mediante la pérdida de validez de uno de ellos ni la configuración permanente de uno como excepción de otro, sino como “un triunfo circunstancial” que se decide mediante la aplicación de la ponderación o del principio de proporcionalidad (PRIETO SANCHÍS, 2013: pp. 86).

Luego, el paso siguiente en la teoría de ALEXY consiste en formular los lineamientos de interpretación para aquellos casos en que estamos ante una colisión entre principios jurídicos. Esta hipótesis se verifica cuando i) no hay una regla que regule el caso, lo que genera una laguna normativa en el nivel de las reglas; ii) existe una regla cuya aplicación resulta inadecuada, produciéndose una laguna axiológica; iii) resulta dudoso determinar si existe o no una regla del sistema que regule el caso (ATIENZA, 2016: pp. 28). Es en estos casos en que surge la máxima o principio de proporcionalidad, cuyo propósito apunta, en general, a evitar la arbitrariedad y determinar si una actuación estatal, o más precisamente si su intensidad, es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin (ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA, 2012: pp. 70).

Este elemento de interpretación surge a propósito de la actividad de policía del Estado a inicios del siglo XIX, con el objeto de limitar las facultades inherentes a esa función, particularmente en lo relativo a sus facultades sancionatorias (PERELLO DOMENECH, 1997: pp.69). Su primera aplicación en la jurisprudencia tuvo lugar en 1936, en el seno del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, adquiriendo posteriormente, como advierte Javier BARNES, un verdadero auge en el derecho continental europeo, habida cuenta de su importante función en el derecho constitucional y administrativo alemán, austríaco y suizo, entre otros (1994: pp. 495).

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en una observación general recogida posteriormente en diversos fallos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que “las medidas restrictivas (de derechos fundamentales) deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas”⁵.

Tratándose, en específico, de la jurisprudencia constitucional -y, particularmente de la resolución de conflictos entre derechos fundamentales- se ha sostenido que en aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer sus límites, o en que estos admitan distintas intensidades en su grado de aplicación, debe acudir al principio de proporcionalidad, toda vez que consiste en una técnica mediante la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental. Como advierte VILLAVERDE, a través del principio de proporcionalidad se

⁵ Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comentario General N° 27 sobre el artículo 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, febrero de 1999. A modo de ejemplo de la recepción de esta observación: Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canesse vs. Paraguay, de 31 de agosto de 2004.

pretende que la intensidad de la restricción de un derecho fundamental sea únicamente la indispensable para hacerlo efectivo. De ese modo, la finalidad última del principio de proporcionalidad consiste en evitar que el poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulnere, en su aplicación, el contenido esencial (2008: pp.182).

A su turno, GUASTINI advierte que la tesis de la ponderación, que deriva del principio de proporcionalidad, descansa sobre dos elementos: la distinción entre los conceptos de disposición y norma y la función que, conforme a dicha conceptualización, se asigna al intérprete. En efecto, tratándose de la diferenciación entre disposiciones y normas, éstas consisten en el producto de la actividad interpretativa, en tanto que las disposiciones constituyen únicamente el objeto sobre la cual ésta recae (2014: pp. 191).

Hasta acá, hemos visto una concepción de la proporcionalidad que, según COVARRUBIAS, podría ser denominada como una versión optimizadora, la que opera bajo el influjo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y, particularmente, de la obra de ALEXY. Esta noción opera sobre la base de tres pasos escalonados cuya utilización permite determinar la legitimidad de la restricción a un derecho fundamental, considerando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Sin embargo, este autor distingue una segunda variante o vertiente de la proporcionalidad, denominada la versión garantista, de frecuente aplicación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la judicatura británica. Esta versión se caracteriza porque no considera la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto -es decir, soslaya la ponderación o balance entre derechos- y, a cambio, otorga gran relevancia a los principios de idoneidad y necesidad (2014: pp.184).

De ese modo, la versión garantista de la proporcionalidad pretende evitar el carácter utilitarista que, según los críticos de la versión *alexiana* del test, caracterizaría al sub principio de balanceo o de proporcionalidad en sentido estricto. Asimismo, según la perspectiva expuesta, el principio de proporcionalidad no consistiría en optimizar costos y beneficios, situando a los derechos y a los intereses públicos en lados opuestos de la

balanza, sino que apunta a lograr la más eficiente búsqueda de objetivos relevantes de política pública, sin necesariamente llegar a sacrificar a los derechos en juego (COVARRUBIAS, 2012: pp.453).

En cualquier caso, tras las teorías absoluta y relativa –en sus dos versiones- subyacen distintas concepciones respecto de la legitimidad de las restricciones de los derechos fundamentales. En efecto, como se ha señalado más arriba, la teoría absoluta se vincula con aquellas posturas que abogan por excluir la mayor cantidad de prerrogativas de la injerencia estatal, lo que conduce a delimitar, en la mayor medida posible, el contenido de cada derecho (MICHAEL, 2009: pp. 180). De este modo, como sostiene BOROWSKY, a partir de dicha teoría se concibe a los derechos fundamentales como derechos no limitables, esto es, como prerrogativas con un contenido determinado de tal forma que no es posible concebir la existencia de una posición jurídica que exceda dicho contenido (2000: pp.32).

En consecuencia, en este caso el procedimiento de aplicación normativa apuntaría, únicamente, a probar si el contenido aparente de un derecho es, en realidad, su contenido verdadero. Así, los derechos no operarían bajo la fórmula de los principios jurídicos, sino como tipos normativos cerrados de tal manera que las normas legales que los regulan son concreciones del derecho fundamental de que se trate. De ello deriva, en la práctica, la impropiedad de la expresión “restricción de derechos fundamentales”: algo que es del contenido de un derecho fundamental deja de ser parte de él luego de su restricción.

Tratándose de la teoría relativa, como se ha dicho, es posible sostener, por una parte, que la restricción de un derecho implica que los principios jurídicos presentan únicamente un valor *prima facie*, esto es, no valen definitivamente (BOROWSKY, 2000: pp.40); y, por otra, que se genera una carga sobre el poder público, consistente en el deber de argumentar la afectación de un derecho en un eventual control judicial (PRIETO SANCHÍS, 2014: pp.221).

Esta concepción, con todo, ha sido objeto de una serie de críticas que apuntan al efecto que su aplicación produciría en el derecho fundamental de que se trate. En efecto, PRIETO SANCHÍS ha sostenido que, siguiendo la teoría relativa, el contenido esencial sería, en definitivas cuentas, aquella parte que queda en pie una vez que se ha limitado un derecho fundamental, lo que, en ciertos casos, podría llevar al sacrificio completo del derecho si la protección de un bien constitucional lo justifica (2000: pp. 71). Asimismo, a propósito de la utilización del principio de proporcionalidad como elemento de interpretación constitucional, ALDUNATE advierte acerca del efecto negativo que puede producir en la pretensión de reconocer fuerza normativa a la Constitución, sobre todo en aquellos casos en que, constatada la colisión de derechos fundamentales, el intérprete se remite a invocar valores o principios sin referencia a texto constitucional alguno, tal como, agrega, ocurriría en una serie de fallos en que el Tribunal Constitucional chileno invoca valores o principios para delinear la garantía del contenido esencial (2013: pp. 99).

Asimismo, la distinción que hemos visto ha adquirido mayor sofisticación a propósito del papel que ambas teorías juegan para el razonamiento judicial en el control de constitucionalidad. Para BERNAL PULIDO, la concepción subjetiva –que, como se ha señalado, propone que mediante el principio de proporcionalidad es posible determinar el contenido esencial-, adquiere mayor plausibilidad si se atribuye una implicación entre ambos elementos en lugar de una identidad entre ellos. De ese modo, sugiere el autor colombiano, la tesis de la implicación sostiene que lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial, pero no sólo lo que es desproporcionado es lo que vulnera dicho contenido esencial. Así las cosas, en aquellos casos en que se aplica el principio de proporcionalidad se define, en cada caso concreto, la garantía del contenido esencial de un derecho fundamental. Sin embargo, dicho contenido no consiste, únicamente, en aquello que es posible determinar mediante la ponderación. En consecuencia, el principio de proporcionalidad implica al contenido esencial, pero el contenido esencial no supone, necesariamente, al principio de proporcionalidad (2003: pp.561).

Esta tercera forma de concebir a la garantía del contenido esencial en relación al principio de proporcionalidad recoge la distinción que diversos autores formulan en relación a los denominados “casos fáciles” y “casos difíciles”. Esta clasificación arranca de la obra de DWORKIN, y juega un papel esencial en la “teoría estándar” de la argumentación jurídica. En efecto, tratándose de los primeros, la labor justificatoria radica en efectuar una mera deducción mediante la utilización del silogismo judicial. Por su parte, tratándose de los casos difíciles, el aspecto justificatorio no debe basarse en un razonamiento de tipo deductivo, toda vez que se requiere añadir criterios de razón práctica contenidos en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, entre otros (ATIENZA, 2010: pp.126).

Esta distinción reconoce que, en los casos fáciles, las premisas normativas y fácticas son claramente identificables, de modo tal que existe un consenso más o menos amplio acerca de cuáles son las normas aplicables, cuál es su interpretación, cuáles son los hechos y cuál es su calificación jurídica. En cambio, tratándose de los casos difíciles, estamos ante una serie de problemas que complejizan la justificación externa de la decisión, haciendo imposible la aplicación de la lógica formal o, más bien, del silogismo judicial (MARTÍNEZ ZORRILLA, 2010, pp. 33). En el caso del contenido esencial, estamos ante lo que MC CORMICK definiría como un problema vinculado a la interpretación de las premisas normativas utilizadas en un caso concreto. En estas hipótesis, el estándar que debe satisfacer la argumentación judicial se torna más complejo, toda vez que requiere cumplir con un criterio de universalidad –esto es, que siempre que se den las mismas circunstancias debe decidirse del mismo modo-; debe tener sentido con el sistema jurídico, mediante las nociones de consistencia y coherencia; y debe atender a las consecuencias que derivan de su aplicación (ATIENZA, 2005: pp. 115).

De este modo, ambas variantes de la proporcionalidad deben considerar que las normas no son previas al acto de interpretar, de tal suerte que la interpretación jurídica no debe ser concebida como un acto de descubrimiento, sino como la proposición o estipulación de un significado a un determinado texto (MORESO, 2003: pp. 101). Si este punto describe adecuadamente el tipo de interpretación que realiza el Tribunal

Constitucional, resulta particularmente relevante considerarlo para efectos de analizar el contenido y el tipo de razonamiento que se desarrolla en sus sentencias. Esto es así porque los enunciados interpretativos carecerían de un valor de verdad o falsedad, toda vez que no serían actos de conocimiento, sino más bien serían un producto de la voluntad. Esta circunstancia, luego, da cuenta de la relevancia de considerar la ideología de los juristas o intérpretes para analizar o evaluar la actividad que desarrollan, lo que requiere evitar el recurso a elementos de interpretación tales como una pretendida interpretación auténtica de la Constitución.

En este sentido, ATRIA describe la diferenciación existente entre las nociones de conceptos y concepciones, particularmente tratándose de la aplicación judicial de los derechos fundamentales. En efecto, sostiene que, en rigor, las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la Constitución chilena no satisfacen los requisitos propios de las normas jurídicas, justamente porque no expresan concepciones, sino conceptos. Esto es así porque los conceptos configuran nociones abstractas que permiten entender la función constitutiva de los derechos pero, en principio, resultan insuficientes para dirimir un conflicto. En consecuencia, para la adjudicación constitucional es necesario complementar dichos conceptos con una determinada concepción de estos –por ejemplo, de carácter liberal, socialista o conservadora-, la que se encuentra fuera del texto de la Constitución. Esta idea resulta fundamental para asumir un punto de vista desde donde examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: a fin de cuentas, parece ser efectivo que cuando se trata de aplicar las disposiciones sobre derechos fundamentales, o de establecer sus límites o resolver los conflictos entre ellos, el razonamiento jurídico no se distingue sustancialmente del razonamiento político (2003: pp. 330)⁶.

La relevancia de la clasificación entre la teoría absoluta y relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales no consiste, exclusivamente, en una discusión puramente teórica acerca de sus límites, sino que permite caracterizar la forma en

⁶ La tesis de ATRIA resulta particularmente sugerente porque, junto con describir adecuadamente la forma en que se verifica la actividad de interpretación constitucional, se asemeja a la tesis de la unidad del razonamiento práctico que, en lugar de vincular al razonamiento jurídico con el razonamiento político, une a aquél con el razonamiento moral. En este sentido, ALEXY, Robert (1999: pp. 23-35); NINO, Carlos Santiago (1990: pp. 322); ROCA, Victoria (2005: pp. 406).

que, en la práctica, los tribunales constitucionales conciben los derechos fundamentales y resuelven los casos en que entran en conflicto. En efecto, es posible advertir el auge que durante los últimos años ha adquirido el principio de proporcionalidad como criterio de control respecto del contenido esencial en el Tribunal Constitucional chileno⁷. De dicha conceptualización derivan relevantes consecuencias para el modo en que dicho tribunal caracteriza a los derechos fundamentales -al sostener que se trata, en general, de principios jurídicos- y, en especial, en relación al principio de proporcionalidad como elemento de interpretación constitucional.

Habida cuenta de ello, en las páginas que siguen se examinarán los lineamientos de interpretación emanados del Tribunal Constitucional respecto del principio de proporcionalidad, a propósito de la garantía del contenido esencial, con la finalidad de determinar si, en el caso chileno, es posible justificar su aplicación para todos los derechos fundamentales.

⁷ En ese sentido: ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012: pp. 95); ZÚÑIGA, Yanira (2010: pp. 255).

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN DE (TODOS) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha experimentado una progresiva recepción durante los últimos años, particularmente en lo relativo a la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, jugando un rol decisivo para configurar un parámetro de racionalidad que permita analizar o evaluar la labor del legislador. En efecto, los derechos fundamentales, como límites al poder, operan como una exigencia para obtener la racionalidad decisoria que es posible demandar del procedimiento legislativo (ZÚÑIGA, 2010: pp. 255). En los párrafos que siguen, intentaré dar cuenta de la evolución de dicha recepción y las consecuencias que ello genera para la interpretación de los derechos fundamentales.

Con dicha finalidad, describiré dos períodos en la jurisprudencia constitucional: el primero, caracterizado por la aplicación de la garantía del contenido esencial en consideración a criterios que se asemejan a una noción absoluta, y, luego, un segundo período, en que se verifica una creciente aplicación del principio de proporcionalidad y, particularmente, de la ponderación de derechos fundamentales. Como ya se ha adelantado, la disposición constitucional aplicable, en todos los casos, se encuentra contenida en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, la que, conforme a las nociones de contenido absoluto y relativo que se examinaron previamente, permiten encuadrar la forma en que el Tribunal Constitucional ha interpretado dicha norma⁸.

En este sentido, dicho tribunal ha sostenido el carácter relacional de la garantía del contenido esencial respecto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución chilena, de modo tal que “la naturaleza jurídica o los intereses jurídicamente

⁸ Dicha disposición establece que “(1) a Constitución asegura a todas las personas: (...) (1) a seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

protegidos que cautela la institución del respeto al contenido esencial de los derechos exige, ontológica y metodológicamente, que se estime vulnerado un derecho dentro del artículo 19, en sus numerales 1° a 25°, y respecto del cual la entidad del agravio sea de tal envergadura que afecte el núcleo indisponible del derecho”⁹. En consecuencia, la invocación del numeral 26 del artículo 19 de la Constitución siempre deberá ser vinculada a un derecho contenido en el conjunto de los derechos que consagra dicho artículo, sea interpretado en sí mismo, sea a la luz de los tratados internacionales que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Como se verá, la noción de contenido relativo apunta a analizar la constitucionalidad de una actuación legislativa que limita derechos fundamentales considerando la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto de dicha medida, en tanto que un concepto absoluto examina preferentemente la afectación que produce para el ejercicio de un derecho fundamental, soslayando los efectos que ello genera para otro derecho o bien jurídico que merece igual protección.

1. El contenido esencial absoluto de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional

Un buen ejemplo respecto de la variabilidad de los criterios jurisprudenciales que aplican la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales dice relación con el devenir que ha sufrido la figura del *solve et repete* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Como es sabido, dicha figura supone un condicionamiento de la admisibilidad de los reclamos administrativos, o de las acciones contencioso-administrativas en contra de multas u otras obligaciones dinerarias declaradas a favor de la

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.693 (2014), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.841 (2016), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Inversiones Cava Spa. y otra respecto del artículo 41 N° 5 del Decreto Supremo N° 2.385, de 1996, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que aprueba el texto refundido y sistematizado del decreto ley N° 3.063, de 1979, ley de Rentas Municipales.

administración, al pago previo de ésta, o de una fracción, por parte del particular afectado (FERRADA, 2007: pp. 69). De ese modo, tal mecanismo produce, o puede producir, una afectación de las garantías fundamentales de acceso a la tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia.

En efecto, aproximadamente hasta el año 2006, el Tribunal Constitucional estableció la constitucionalidad de dicha figura y, luego, comenzó a aplicar el criterio jurisprudencial que predomina actualmente, declarando su inconstitucionalidad al sostener que, aun cuando el legislador cuenta con autonomía para regular el ejercicio de un derecho, sus limitaciones deben estar suficientemente determinadas y razonablemente justificadas. Ello requiere determinar si tales limitaciones persiguen un fin lícito, si resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de los fines lícitos que la justifican¹⁰.

En un primer período, en que el Tribunal Constitucional dispuso la constitucionalidad del *solve et repete* amparándose en que la exigencia de consignación no puede estimarse atentatoria del derecho a acceder al órgano jurisdiccional, sostuvo que, con la finalidad de determinar la legitimidad de una limitación a los derechos fundamentales, se requiere que éstas se encuentren señaladas en forma precisa en una disposición constitucional, se impongan de manera igual para todos los afectados, contengan una indudable determinación y se encuentren establecidas con parámetros incuestionables. De ese modo, el requisito de consignación de parte de la multa configura una limitación legítima del derecho a recurrir ante la justicia ordinaria al no imponerle condiciones intolerables, arbitrarias, imprudentes o irrazonables, toda vez que pretende evitar que las facultades sancionatorias de la administración sean dilatadas¹¹. Resulta llamativo que, para llegar a tal conclusión, el Tribunal Constitucional no realice el test de proporcionalidad que adoptará luego en fallos posteriores.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.345 (2009), pronunciamiento de oficio sobre la inconstitucionalidad de las expresiones: “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 546 (2006), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 30 del decreto ley N° 3.538.

Asimismo, dicho razonamiento supone una modificación de los elementos de interpretación que había utilizado el Tribunal Constitucional para declarar la constitucionalidad de la figura del *solve et repete*. En efecto, en una serie de sentencias -relativas, respectivamente, a la consignación por reclamaciones de multas administrativas impuestas en materia previsional, medioambiental y aduanera-, dicho tribunal únicamente dispuso la conformidad entre el pago de la multa y las normas constitucionales, sin dar cuenta de los elementos de interpretación constitucional que permiten llegar a tal conclusión¹².

Este razonamiento reproduce una noción objetiva del contenido esencial de los derechos fundamentales, tal como ocurre en una sentencia relativa al análisis de la constitucionalidad de aquellas disposiciones que autorizaban la toma de muestras genéticas a personas condenadas en un proceso criminal¹³. En efecto, en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que le dio origen, se planteó la tensión existente entre dicho registro y el derecho fundamental a la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley, la legalidad de las penas y los principios de tipicidad y el derecho a la privacidad. En ese contexto, el Tribunal Constitucional, al declarar la posibilidad de limitación de los derechos fundamentales, sostuvo que las cláusulas restrictivas deben ser impuestas por la ley, ser determinadas y específicas, respetar el principio de igualdad –especialmente en cuanto a su razonabilidad y justificación-, y no pueden afectar la esencia de los derechos asegurados.

De ese modo, el Tribunal declaró la constitucionalidad de las disposiciones legales que, fundándose en razones de política criminal, establecen la práctica de dicha medida, señalando que cumple con los requisitos señalados más arriba,

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 92 (1989), control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapres y deroga el D.F.L. N° 3, de salud, de 1981; sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 185 (1994), control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Bases del Medio Ambiente; y sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 248 (1996), control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que moderniza el Servicio Nacional de Aduanas.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.365 (2009), requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 5°, 6°, 16, 17 y 18 de la ley N° 19.970 e inciso segundo del artículo 1° transitorio de esa ley.

sin necesidad de utilizar el principio de proporcionalidad o ponderar entre los diversos bienes jurídicos en juego.

En la misma línea, el Tribunal tuvo ocasión de contrastar, en diversas sentencias, la norma contenida en el artículo 2.331 del Código Civil con el derecho a la honra, protegido por el numeral 5º del artículo 19 de la Constitución. En un primer momento, se sostuvo que dicha disposición prohíbe de modo absoluto y *a priori* el pago de la indemnización por el daño moral que pudiere derivar de afirmaciones injuriosas, con lo que se produce una afectación del derecho en su esencia, pero se abstuvo de especificar si dicha conclusión se funda en la ausencia de proporcionalidad de la medida. De ese modo, se atiende únicamente al efecto que determinada norma produce para el derecho afectado por sobre la necesidad de proteger otro derecho o bien digno de protección, lo que resulta comprendido dentro de los características propias de la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales¹⁴.

Asimismo, nuevamente en relación a la constitucionalidad del artículo 2.331 del Código Civil, el Tribunal Constitucional afirmó que, para determinar el contenido de la garantía del contenido esencial, se debe considerar que “frente a las interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, deba desecharse la que admita que el legislador pudo regular sus efectos hasta extremos que, en la práctica, imposibilitan la plenitud de su vigencia o comprimen su contenido a términos inconciliables con su fisonomía”. De ese modo, advierte que “(e)n efecto, el legislador no es libre para regular el alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y asegura a todas las personas. Por el contrario, y como lo dispone el artículo 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

¹⁴ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.419 (2009), Rol N° 1.679 (2010) y Rol N° 1.798 (2010), todas por requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del Código Civil.

derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible”¹⁵.

Al mismo tiempo, este fallo vincula la garantía del contenido esencial –o, más bien, la noción absoluta del contenido esencial-, con los “principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado”. Este fallo, además, resulta relevante porque sostiene que tales principios y valores “no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”¹⁶.

Esta posición se advierte, asimismo, en una serie de fallos en que el Tribunal Constitucional opta por delinear el alcance de los derechos invocados sin necesidad de resolverlos mediante una contraposición entre los bienes o valores en conflicto. Ello resulta coherente con lo que sostiene NOGUEIRA, al señalar 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 institucional de dicho contenido esencial de los derechos fundamentales” (2010: pp. 403). El mismo autor sostuvo, luego de analizar la jurisprudencia del Tribunal

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 943 (2007), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del Código Civil.

¹⁶ Esta sentencia fue objeto de críticas por ALDUNATE (2013: pp. 99), en relación al efecto que produce la referencia a principios y valores. En específico, sostuvo que “el problema que trae aparejada esta invocación a principios y valores es que permite al juzgador constitucional resolver un caso sobre una argumentación ponderativa cuyo efecto es, precisamente, la imposibilidad de fundar en el texto constitucional el criterio utilizado para darle solución”. La consecuencia de ello sería que, una vez expuestos los derechos en conflicto, “la referencia al texto constitucional se agota en la construcción de la colisión a partir de ellos”, pero “la solución que se dé a esa colisión por la vía de la ponderación, empero, no puede ser vinculada a texto constitucional alguno”.

Constitucional existente hacia mediados del año 2006, que el tribunal opta “por una concepción absoluta del contenido esencial del derecho”, considerando al razonamiento esgrimido al momento de “concebir el derecho” y establecer “el conjunto de facultades de actuación necesarias” para hacerlo reconocible, “sin las cuales deja de pertenecer al tipo descrito” (2006: pp. 348).

En efecto, en uno de ellos, relativo a la restricción de circulación de automóviles catalíticos, en que mediante un requerimiento a un proyecto de ley se alegaba una supuesta vulneración de la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad, el Tribunal sostuvo que basta con cumplir los requisitos de especificidad y determinación para la limitación de un derecho fundamental, pero omite un pronunciamiento respecto de los efectos que ello genera en el derecho que resulta limitado¹⁷.

Asimismo, aun cuando no se trata, en rigor, de un conflicto entre la interpretación del texto constitucional y una disposición legal, tratándose del fallo del Tribunal Constitucional relativo al decreto supremo que dispuso la entrega de la “píldora del día después” se aprecia una argumentación que encuadra con las características propias de la teoría absoluta. En efecto, como señala ZUÑIGA, aun cuando se trata de una hipótesis de limitación de derechos del no-nato -los que eventualmente se podrían ver afectados mediante la existencia de una duda razonable acerca del eventual carácter abortivo de dicho método de control de la natalidad-, el fallo omite cualquier referencia respecto de los derechos de la madre, la reducción de la eficacia de una política de prevención del embarazo adolescente o a la legitimidad de una intervención estatal para disminuir los efectos negativos del delito de violación (2010: pp. 263).

Otra de las sentencias que puede ser ubicada dentro de una noción absoluta dice relación con el ejercicio del derecho a asociación y los requisitos que un proyecto de ley establecía para constituir organizaciones vecinales, los que, a juicio de los

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 325 (2001), requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

parlamentarios requirentes, resultan de tal entidad que dificultan o impiden el ejercicio de dicha prerrogativa.

En efecto, una iniciativa legal establecía que, a lo menos, un 20% de los vecinos residentes en la respectiva unidad debían manifestar su voluntad para proceder a dicho acto constitutivo, lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, afectaría el contenido esencial del derecho de asociación, toda vez que el establecimiento de requisitos de tal entidad entran o impiden el legítimo ejercicio de un derecho –en este caso, la libertad de asociación-, dando lugar a la declaración de inconstitucionalidad¹⁸. Llama la atención que aun cuando el Tribunal reconoce que el legislador cuenta con un amplio margen para limitar los derechos fundamentales, al contar con autonomía suficiente para reglar en forma prudente y dentro de límites razonables el ejercicio de un derecho, debe evitar que ello genere una afectación de su contenido esencial. Sobre este punto, reitera que el contenido esencial resulta vulnerado cuando un derecho es privado de aquella parte consustancial sin la cual deja de ser reconocible, de modo tal que su ejercicio se encuentra sometido a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.

Dicho razonamiento, a propósito de la utilización de una noción absoluta del contenido esencial –esto es, la idea de que un derecho fundamental resulta vulnerado cuando es privado de aquella parte consustancial sin la cual deja de ser reconocible- pasó a constituir una suerte de cláusula de estilo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.¹⁹ Sobre esta noción, ya en 1987 el Tribunal estableció que “mucho podría

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 200 (1994), requerimiento de un grupo de Diputados respecto del inciso primero del artículo 36 del proyecto de ley sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias Funcionales.

¹⁹ Esta conceptualización del contenido absoluto parece recoger lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional español, N° 11/1981, a raíz de un recurso de inconstitucionalidad relativo a la regulación del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo. En efecto, en esta sentencia se señala que “(c)onstituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”. Sobre este fallo, PAREJO (1981: pp 186) señala que, en consideración a este razonamiento, es posible sostener que “(c)omo se ve, (se trata de) una doctrina en este punto idéntica a la mantenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán: carácter absoluto del contenido esencial, pero dentro de cada derecho fundamental.” Asimismo, el mismo autor describe que el fallo reconoce que la garantía del contenido

decirse sobre la esencia de un derecho, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, no es ésta nuestra misión. La esencia del derecho debemos conceptualizarla desde un 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 le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”²⁰.

2. La recepción del principio de proporcionalidad a propósito de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

El razonamiento que se ha examinado contrasta con la aplicación del principio de proporcionalidad, el que ha adquirido una progresiva recepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante los últimos años para efectos de determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

En efecto, desde el año 2006 a la fecha, dicho Tribunal ha asumido este elemento de interpretación constitucional. Como describe COVARRUBIAS, la garantía del contenido esencial, mediante el test de proporcionalidad, ha desempeñado desde ese momento un rol crucial en la delimitación de las potestades públicas regulatorias o limitativas de los derechos fundamentales, toda vez que la infracción a dicha garantía configura una función análoga a uno de los subprincipios de la proporcionalidad, consistente en la proporcionalidad en sentido estricto (2012: pp. 184).

esencial se despliega “en relación con todos los derechos fundamentales y las libertades públicas a que se refiere el artículo 53.1 de la Constitución, es decir, a los reconocidos en el capítulo II del título I de la norma fundamental”, de modo tal que tendría un alcance general. En consecuencia, dicha sentencia coincide con lo establecido por la jurisprudencia constitucional chilena, en los términos en que se ha señalado en los fallos que se han visto previamente, en relación al carácter relacional de la garantía del contenido esencial respecto de todos los derechos fundamentales.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 43 (1987), control de constitucionalidad respecto del proyecto de la ley orgánica constitucional de los partidos políticos.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha hecho constante referencia al principio de proporcionalidad para evaluar las regulaciones, complementos o limitaciones de derechos que hubiere dispuesto el legislador, a tal punto que la propia garantía del contenido esencial llevaría implícito, en todos los casos, un análisis del grado de afectación del derecho de que se trate, con la finalidad de evitar que la regulación, complementación o limitación de un derecho suponga su negación o anulación (ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA, 2012: pp. 96).

En este sentido, VIERA- GALLO describe el esquema propuesto por ALEXY, reconoce su gran influencia en la jurisprudencia chilena y, a continuación, sostiene que mediante el principio de proporcionalidad el Tribunal Constitucional cuenta con la facultad de ponderar principios diversos según su peso e importancia para resolver un caso sometido a su conocimiento, reconociendo que éstos pueden colisionar y que no existe entre ellos una jerarquía preestablecida.

Asimismo, vincula explícitamente este principio con el método interpretativo de la ponderación y da cuenta de su aplicación mediante tres sub principios: el de adecuación sobre la idoneidad de la norma legal; el de necesidad, que analiza la eventual necesidad de prescindir de un precepto y tiene como criterio producir el menor daño al limitar el derecho fundamental de que se trate; y el de proporcionalidad en sentido estricto, referido a los efectos que puede producir una intervención legal (2011: pp. 50). Del mismo modo, NOGUEIRA sostiene que el Tribunal Constitucional chileno ha utilizado el criterio de razonabilidad y, luego, el principio de proporcionalidad, para resolver las antinomias que dan origen a cuestiones de constitucionalidad, considerando que los criterios tradicionales de jerarquía, especialidad y temporalidad –que, como se ha señalado, operan preferentemente para las reglas de derecho-, resultan insuficientes para zanjar conflictos entre principios coetáneos en el tiempo, de igual rango y carácter (2010: pp. 369). En la misma línea, Eugenio VALENZUELA asimila el principio de proporcionalidad con el denominado “principio de razonabilidad técnica”, el que consiste en un elemento de interpretación constitucional 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 (2006: pp.48).

En efecto, el Tribunal Constitucional recogió en uno de sus fallos más comentados -y en una argumentación en que cita profusamente a ALEXYS- la diferencia entre reglas y principios, aplicando, respecto de estos últimos, la idea de que se trata de “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales (sic) posibles”, es decir, “entendidos como mandatos de optimización”.

En lo que nos ocupa, esta sentencia es clarificadora respecto de la posición que ha asumido el Tribunal, al sostener que “(t)oda norma es o bien una regla o un principio”²¹. Del mismo modo, este razonamiento comparte los lineamientos centrales de la distinción fuerte entre reglas y principios -la que, como hemos visto, señala que existe una diferenciación lógica, estructural y cualitativa entre estos estándares normativos- toda vez que sostiene que, a fin de cuentas, “la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado”.

Asimismo, esta aseveración recoge la noción que se ha expuesto en el capítulo anterior, en relación a que todos los derechos fundamentales pueden ser concebidos como principios jurídicos y ponderados conforme al principio de proporcionalidad²². En la misma línea, el Tribunal Constitucional sostuvo, a propósito del derecho de acceso a la información pública, que “establecido que estamos en presencia de

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.710 (2010), proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la ley N° 18.933.

²² Este razonamiento ha sido recogido, a modo de ejemplo, por la Corte de Apelaciones de Santiago. En efecto, al conocer un reclamo por denegación del derecho de acceso a la información pública, expuso que si un derecho fundamental es necesariamente un principio jurídico “se entiende bajo la estructura” de “un mandato de optimización que obliga a ser realizado en la máxima medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. A diferencia de las reglas, por tanto, se aplica de manera gradual y la colisión entre principios se resuelve a través de la ponderación”. En ese sentido: sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4.680 (2012), reclamo de ilegalidad en contra de la decisión adoptada por el Consejo para la Transparencia, en el marco del amparo Rol C-1553-11.

un derecho de rango constitucional la reserva o secreto pasa a limitarlo o restringirlo, por lo que debe respetar el principio de proporcionalidad”²³.

En efecto, luego de reconocer que el conflicto sometido a su conocimiento dice relación con el principio de publicidad y la igualdad ante la ley, el respeto y protección a la vida privada y el derecho al honor, el Tribunal sostuvo que “(s)i un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible”. Luego, recoge uno de los aspectos fundamentales de la teoría de ALEXY, al sostener que “(l)os principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Toda norma es o bien una regla o un principio”²⁴.

Por su parte, a propósito del derecho a la igualdad ante la ley, este tribunal ha recogido los lineamientos que derivan de la doctrina y jurisprudencia alemana en lo que respecta a los parámetros que permiten su aplicación en un caso concreto. Así, ha señalado que esta garantía resulta lesionada cuando un grupo de destinatarios de una norma, comparados con otros sujetos, son tratados de manera distinta a pesar de que entre unos y otros no media una diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar dicho tratamiento desigual. En cualquier caso, añade que ello “requiere 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 aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”²⁵.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 634 (2006), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 13 de la ley N° 18.575.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.689 (2016), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República respecto del artículo 5° y 10 de la ley N° 20.285.

²⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.273 (2008), Rol N° 1.348 (2009), y Rol N° 1.710 (2010), requerimientos de inaplicabilidad y proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional, todos respecto del artículo 38 ter de la ley N° 18.933. El mismo razonamiento fue aplicado en

En este ámbito resulta particularmente llamativo un fallo en que se aplicó la variante alemana del test de proporcionalidad que analiza la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de una medida legislativa, a raíz de la eventual afectación del contenido esencial del derecho a la igualdad ante la ley. En efecto, el Tribunal Constitucional, citando sobre el particular a la Suprema Corte de Justicia de México, estableció que “para los efectos de considerar si, en un caso concreto, una discriminación está constitucionalmente vedada”, debe determinar, “en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella (...). Por último, es de importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad”²⁶.

En otros fallos, a propósito de la colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional expuso que la limitación de derechos requiere satisfacer un mínimo test de proporcionalidad de la medida restrictiva. Al efecto, sostiene que ésta debe perseguir un fin legítimo, resultar adecuada e idónea para

la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.935 (2015), requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados respecto de parte de las glosas correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2016.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 790 (2007), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 4° de la ley N° 18.549 y del artículo 29 de la ley N° 18.669.

alcanzarlo, y satisfacer un criterio de razonabilidad en relación con el valor del fin propuesto²⁷. En estos asuntos, el Tribunal reconoce que “entran en juego dos derechos fundamentales que la Constitución reconoce y protege, a saber, el derecho a la honra y la libertad de expresión”, de modo tal que “la restricción de derechos debe satisfacer un mínimo test de proporcionalidad, sobre todo cuando ello importa establecer un tratamiento diferenciado. Para examinar la procedencia constitucional de las distinciones establecidas por el artículo 2.331 del Código Civil, es necesario, en primer lugar, analizar que la restricción del derecho a la honra persiga un fin legítimo; en segundo lugar, determinar que la norma resulta adecuada e idónea para alcanzar dicho fin, y, por último, clarificar si la diferencia es razonable en relación con el valor del fin propuesto”²⁸.

En el mismo sentido, en relación a la figura del *solve et repete*, y los efectos que su aplicación tendría para el derecho a acceder a un órgano jurisdiccional, en 2008 el Tribunal estableció que “habiéndose concluido (...) que los requirentes gozan 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 padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes. 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 respeten el numeral 26 del

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.463 (2009), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2.331 del Código Civil.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.071 (2011), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del Código Civil.

artículo 19 de la Carta Fundamental, que prohíbe afectar los derechos en su esencia o imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”²⁹.

Acerca del significado que se asigna al libre ejercicio de un derecho, en este fallo el Tribunal sostiene que, aun cuando ha afirmado que la afectación al contenido esencial se produce cuando el legislador somete a un derecho a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica, “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 reglar el ejercicio de un derecho, debe hacerlo “en forma prudente y dentro de latitudes razonables”. De ese modo, y “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”³⁰.

Tratándose del ejercicio del derecho a la seguridad social, el Tribunal sostuvo, en la misma línea, que “los límites al derecho consagrado en la Constitución deben, como ha señalado reiteradamente este Tribunal, pasar un examen de proporcionalidad; esto es, perseguir fines lícitos, constituir la limitación un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho, proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue. En ese sentido esta Magistratura ha sostenido 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

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.262 (2008), requerimiento de inaplicabilidad respecto de la parte final del inciso primero, del artículo 171 del Código Sanitario.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.061 (2008), requerimiento de inaplicabilidad respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario.

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 padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes”³¹.

Respecto de la versión garantista del test de proporcionalidad, en un fallo relativo a la facultad de imponer a los canales de televisión la obligación de no utilizar sistemas de medición de audiencia en línea, el tribunal sostuvo que “en esta materia (el legislador) tiene sólo una potestad regulatoria, en virtud de la cual puede fijar las condiciones de ejercicio de esa libertad, pero no limitarla, suprimirla o afectarla en su núcleo esencial, mediante una prohibición de utilización de una determinada tecnología de investigación y medición de la teleaudiencia”, de modo tal que “la ley solo puede limitar derechos en los casos que la Constitución lo autoriza, cual no es el caso del artículo 19, N° 12°, inciso 5°, materia de nuestra reflexión. Es por ello que la disposición legal cuestionada deviene fundamentalmente desproporcionada y no razonable, toda vez que no existe demostración conocida de alguna adecuación causal entre la prohibición legal – como medio – y el mejoramiento de la calidad de la programación de la televisión – como fin -, en tanto cuanto el instrumento tecnológico como tal es neutro y las decisiones de programación son autónomas de la línea editorial del canal, pero no escapan de las facultades de supervigilancia del Consejo Nacional de Televisión, precisamente encargado constitucionalmente de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación, lo que es ciertamente un medio menos gravoso e invasivo y más idóneo para el fin señalado. Existe en esto una relación análoga a la que se da entre el termómetro y la temperatura del paciente, instrumento que ciertamente no es la causa de su enfermedad”³². Como se puede advertir, en este caso el análisis de la constitucionalidad de una medida legislativa se funda en su idoneidad y necesidad, soslayando la proporcionalidad en sentido estricto.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.182 (2008), requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 4° de la ley N° 19.260.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.358 (2013), requerimiento presentado por un grupo de diputados respecto de la inconstitucionalidad del N° 9 del artículo único del proyecto de ley que “permite la introducción de la televisión digital terrestre”.

En el último tiempo, el Tribunal ha asumido estas nociones de modo explícito, a propósito del análisis de la constitucionalidad de una ley que determina el monto de las multas impuestas en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio. Este caso es particularmente relevante porque, a raíz de los pasos que requieren la aplicación del principio de proporcionalidad, se asume la teoría de Alexy como “la más autorizada doctrina en la materia”, de modo tal que “la exigencia de proporcionalidad deriva de la propia pretensión de vigencia de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión y cuya capacidad de limitación mutua no puede determinarse sino teniendo en consideración el peso de cada uno de tales derechos en cada concreta colisión”³³.

En consecuencia, esta sentencia asume los tres pasos sucesivos que conforman la versión tradicional del principio de proporcionalidad –esto es, aquella que se diferencia de su noción garantista-, al sostener que “el principio de proporcionalidad, también conocido como razonabilidad” o “principio de prohibición de exceso”, es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho. Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres sub principios o sub juicios diferentes: el de idoneidad (o adecuación), el de necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y el de proporcionalidad en sentido estricto de ponderación. Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, la proporcionalidad en sentido

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.922 (2016), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 29 del DL N° 3.538, de 1980.

estricto como un mandato de ponderación cuando existen principios en pugna, en cuanto exige que se ponderen los intereses en juego”.

Al mismo tiempo, este fallo es relevante porque vincula expresamente la utilización del principio de proporcionalidad con la garantía del contenido esencial, asumiendo, de ese modo, la teoría relativa. En efecto, el tribunal sostuvo que aun cuando “(l) a Constitución no recoge, explícitamente, el "principio de proporcionalidad"”, (...) el intérprete constitucional no puede sino reconocer manifestaciones de este principio”, (los) “que forman parte de una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha estimado que este principio se encuentra integrado dentro de los principios inherentes al Estado de Derecho, de los artículos 6° y 7° de la Constitución, en la prohibición de conductas arbitrarias del artículo 19, numeral 2°, y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos del artículo 19, numeral 26°.”³⁴

Del mismo modo, en una sentencia respecto de una iniciativa legal que modificaba el sistema educacional, el Tribunal utilizó el test de proporcionalidad como un elemento que permite determinar la constitucionalidad de las obligaciones que se pretendían imponer a los sostenedores de establecimientos educacionales. En efecto, sostuvo que “la pretensión de que la obligación de ser propietario o comodatario de los inmuebles en que funciona el colegio representaría una flagrante infracción al test de proporcionalidad popularizado por ALEXY, carece de sustentación metodológica. Se sostiene que no sería idóneo ni necesario que, para el objetivo de garantizar la continuidad

³⁴ En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.365 (2012), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) respecto de los artículos 48 y 108, letra b) de la ley N° 19.039 de propiedad industrial, y sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.983 (2016), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 195, 195 bis y 196 ter, todos de la ley N° 18.290 (ley de Tránsito). En este último fallo, el Tribunal Constitucional recoge lo dispuesto por la Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5.043 (2009), recurso de amparo caratulado “Gallardo Raposo y Cortez Benítez contra Juzgado de Garantía de Valparaíso”, que establece, respecto del examen de proporcionalidad en sentido estricto, que este elemento de interpretación “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 las desventajas de los medios en relación a las ventajas del fin a obtener. De esta manera el legislador debe siempre utilizar medios adecuados y que no sean desproporcionados.”

de los estudios y evitar el uso indebido de recursos públicos, se proscriba la posibilidad de que el sostenedor sea simplemente arrendatario de la infraestructura física en que funciona el colegio, proporcionándose al efecto argumentos que abonarían la plausibilidad de incorporar esa modalidad contractual haciéndola compatible con el nuevo diseño, tales como la sujeción de la renta a un límite del 11% del avalúo fiscal, la fijación de un plazo máximo de ocho años para los arrendamientos y otras, por cierto vinculadas al mérito del proyecto y que, en esa perspectiva, son de exclusivo resorte del legislador, sin que quepa a esta instancia de control de constitucionalidad discurrir sobre su dimensión constitucional (...). Que, descartada la concurrencia de estos dos elementos que forman parte inescindible del denominado principio de proporcionalidad, no cabe sino concluir que éste no ha sido violentado en el caso de la especie por el legislador y que, consecuentemente, no se está en presencia de ninguna inconstitucionalidad derivada de la exclusión de la categoría contractual de la locación como alternativa abierta a los sostenedores.”³⁵

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.787 (2015), requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores en relación al proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

III. REVISIÓN CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los párrafos anteriores hemos visto cómo el principio de proporcionalidad se ha erigido como un elemento de interpretación constitucional cada vez más utilizado en la jurisprudencia reciente. Este fenómeno, como es posible suponer, no genera necesariamente una crítica respecto de la labor argumentativa que desarrolla del Tribunal Constitucional –por el contrario, podría incluso sostenerse que ello implica un abandono de la jerarquización *ex ante* de los derechos fundamentales-, pero permite analizar si los criterios que se han utilizado sortean adecuadamente las críticas que se han formulado a su respecto.

Esto es así porque la recepción de la teoría de los principios jurídicos es una idea que, aun cuando ha sido sostenida en una serie de sentencias a las que he hecho referencia, no resulta del todo pacífica en buena parte de la doctrina jurídica. Como sostiene POSCHER, la idea *dworkiniana* que releva el papel de los principios jurídicos en la interpretación y aplicación del derecho no debe ser radicalizada de modo equívoco por parte de cierto sector de la teoría principialista, el que parece homogeneizar la estructura de tales principios. Tal homogeneización consistiría, según este autor, en sostener que todos aquellos enunciados que no sean reglas siempre deben ser considerados como mandatos de optimización, pasando por alto los distintos tipos de principios jurídicos que es posible distinguir. De este modo, sostiene enfáticamente que la configuración de un principio en términos de optimización debe ser justificada interpretativamente, de modo tal de evitar que todos los argumentos prácticos, incluso aquellos cuyas estructuras no remitan a un mandato de optimización, puedan ser finalmente reconducidos a ésta (2011: pp. 86).

Por su parte, como describe BERNAL PULIDO, en Alemania diversos autores han sostenido que la asimilación entre los principios jurídicos y los mandatos de optimización suprime la competencia legislativa para configurar el contenido de los derechos fundamentales, a propósito del control de constitucionalidad de las leyes. Esto es así porque, fundándose en la noción de la Constitución como marco, se advierte que si

siempre estamos ante derechos concebidos como principios, estos deben ser cumplidos en la mayor medida posible, por lo que, ante una colisión, el Tribunal Constitucional debería determinar cuál es el único punto en que los principios relevantes se optimizan. De esto deriva una afectación del ámbito de decisiones políticas del legislador, toda vez que su facultad de configurar los derechos fundamentales sólo sería admisible cuando corresponda al único punto máximo en que los principios en conflicto puedan desarrollarse simultáneamente (2003: pp. 581)³⁶.

Asimismo, la caracterización de los derechos fundamentales como mandatos de optimización, siempre sujetos a ponderación para su aplicación práctica, afecta el propio carácter categórico de las disposiciones que los consagran, a raíz del déficit de racionalidad que caracterizaría al principio de proporcionalidad. Es justamente este el contenido de la crítica de HABERMAS en esta materia: a partir de la teoría de ALEXY, se niega el estatus especial de los derechos fundamentales como cartas de triunfo frente a otros fines constitucionalmente legítimos (1992: pp.332). Esto es así porque, para este autor, la caracterización de los derechos fundamentales como principios jurídicos, y de estos como mandatos de optimización, supone entenderlos como valores cuya aplicación depende únicamente de las circunstancias fácticas y jurídicas existentes, lo que supone desdibujar el carácter deontológico de los derechos. Asimismo, esta postura contiene una crítica respecto de la racionalidad de tipo económico-utilitarista que subyacería a la ponderación, a propósito del peso abstracto que se le asigna a los derechos en conflicto (ATRIA, 2016: pp. 290).

³⁶ El autor describe que quienes propugnan la tesis de la Constitución como marco sostienen que los derechos fundamentales, concebidos como principios jurídicos, deben ser cumplidos “en una medida mínima o suficiente”, de modo tal que algunas opciones de configuración legislativa “son necesarias, al paso que otras son sólo posibles y otras están prohibidas”. Sin embargo, BERNAL PULIDO sostiene que esta crítica que se ha formulado a la teoría de ALEXY “no es incompatible con el hecho de que algunas normas constitucionales se entiendan como principios, en el sentido de mandatos de optimización. Contrariamente a lo que STARCK y HEIN sostiene, la definición de los principios como mandatos de optimización no implica que existe una única solución posible para cada caso, ni que el Tribunal Constitucional deba encontrar siempre dicha solución, ni que esta solución vincule al (l)egislador y le agote su espectro de posibilidades de actuación.” Para llegar a esta conclusión, advierte que la idea de mandato de optimización presupone la existencia de un ámbito de libertad legislativa de configuración y no implica la necesidad de hallar una única respuesta correcta para cada caso.”

En la misma línea, SIECKMANN describe que debe distinguirse entre los mandatos de optimización y los principios o reglas que pueden ser concebidas como tales. Siguiendo esta diferenciación, habría que considerar que los mandatos de optimización, por su propia estructura, suponen una relativización pues su aplicabilidad depende de las circunstancias fácticas y jurídicas de un caso concreto. De este modo, su contenido prescriptivo queda debilitado o atenuado de tal manera que no podría producirse ninguna colisión con otros mandatos de optimización. Por su parte, si los principios –o incluso las reglas- son normas que deben ser optimizadas, carecerían de una estructura lógica que garantice su aplicación. Esto llevaría a sostener que la distinción entre reglas y principios es trivial, y que sólo sería relevante aquella que distingue entre las normas de mandato, las de permiso o las que otorgan competencias, por lo que la diferenciación fuerte entre reglas y principios, que caracteriza a la teoría de ALEXY, carecería, en verdad, de utilidad práctica (2014: pp.181).

En suma, se ha señalado que el factor principal de estas observaciones radica en que, a partir de la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, se favorece la creación normativa por parte de los tribunales constitucionales, afectando la división de poderes según la cual dicha labor debe ser ejercida por el legislador democrático (ATIENZA, 2015: pp.540). Se trata, como se puede ver, de una disputa que va bastante más allá de una mera cuestión relativa a los tipos de normas que es posible reconocer pues esta discusión, en el fondo, tiene que ver con la existencia de dos modelos teóricos en pugna.

Sobre este punto, GARCÍA AMADO describe que el tema que subyace a esta controversia dice relación con la distinción entre teorías neoconstitucionalistas y positivistas. Así, describe que los primeros confían en una judicatura con ciertos grados de activismo, esto es, de jueces que, aun cuando carecen de capacidad y legitimidad para ello, se encuentran comprometidos con la imposición de óptimos y la compensación o la modificación de las políticas públicas definidas por el legislador. Por su parte, tratándose de los segundos, es decir, del modelo positivista, se trataría de quienes estiman que el grado de realización de los derechos depende, en último término, únicamente de la

actividad legislativa que debe reflejar aquél programa político que cuenta con respaldo ciudadano (2007: pp. 263).

El mismo autor ha dirigido fuertes críticas a la ponderación y a la equiparación entre los derechos fundamentales y los mandatos de optimización. En términos generales, su tesis central es que este método de interpretación carece de autonomía, toda vez que no sería más que un derivado del método de la subsunción. Esto implicaría que cuando los tribunales constitucionales se proponen ponderar entre principios constitucionales lo que están haciendo, en estricto sentido, es seguir aplicando el método subsuntivo, “cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones (previas) que determinan sus elecciones interpretativas”. Tratándose de los tres pasos escalonados que conforman el principio de proporcionalidad, GARCÍA AMADO sostiene que, al carecer de autonomía operativa, son triviales y prescindibles pues el resultado que se obtiene de su aplicación está “decididamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas ha hecho el Tribunal”, con sus contingentes valoraciones y preferencias. Así, es “la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar”, o “de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación”. Esta aseveración es importante porque implica diluir o negar la existencia de diferencias cualitativas y metodológicas relevantes entre las reglas y los principios y entre el razonamiento judicial en los casos constitucionales y en los casos de legislación ordinaria (2009: pp. 250).

Finalmente, MORESO ha sostenido que la ponderación adolecería de un excesivo particularismo; así, se trataría de una técnica de interpretación que sólo puede resolver casos *ad-hoc*, lo que implica sustituir un modelo generalista en la toma de decisiones jurídicas por otro en que la existencia de una sola propiedad diferente genera una solución distinta para casos similares (2009: pp. 250), de modo tal que, finalmente, “el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia” (2010b: pp. 283).

De este modo, la ponderación otorgaría excesiva primacía a la justicia de un caso concreto a cambio de sacrificar la certeza, la coherencia y la generalidad de un ordenamiento (BERNAL PULIDO, 2003: pp. 189). Asimismo, esto supone el rechazo de la racionalidad de tipo subsuntivo, sustituyéndola por una de carácter narrativo que impide la generalización o la universalización de las propiedades relevantes presentes en un caso. Así, la elección y aplicación de principios jurídicos se convierte, en último término, en una actividad que no es posible de ser controlada racionalmente (MORESO, 2009: pp. 271).

Esta descripción del particularismo, y su vinculación con la distinción fuerte entre reglas y principios, resulta especialmente relevante atendido que, como es posible advertir, para la aplicación del principio de proporcionalidad se debe determinar previamente si un enunciado que establece un derecho fundamental ha sido establecido bajo la forma de regla o de principio, atendiendo a las características de cada tipo de norma que se han visto previamente. En el caso chileno, RUIZ-TAGLE ha sostenido que la teoría de ALEXY puede servir de punto de partida para analizar el catálogo de derechos fundamentales que consagra la Constitución chilena. En su opinión, la mayoría de los numerales de su artículo 19 pueden ser caracterizados como principios jurídicos, habida cuenta de la textura abierta sus disposiciones, las que presentan evidentes rasgos de vaguedad e imprecisión. Tratándose, a su turno, del numeral 26° -que, como se sabe, establece la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales-, añade que se trata de una regla en cuanto regula, limita o complementa derechos fundamentales, pero es un principio, en tanto se funda en la proporcionalidad de la afectación (2002: pp. 196).³⁷

Sin embargo, esta explicación resulta contradictoria con uno de los aspectos centrales de la teoría de ALEXY, en los términos que ha sido descrita por uno de

³⁷ El autor señala que “si usamos la clasificación que distingue entre reglas y principios y la adaptamos a las disposiciones del artículo 19 de nuestra carta fundamental, podemos reconocer lo siguiente: son principios en la clasificación de ALEXY los N°s 1; incisos 1 y 2; N° 2 inciso 1; N° 3 incisos 1 y 2 segunda frase, N° 4 inciso 1, N° 5 parte del inciso 1; N° 6 inciso 6; N° 7 inciso 1; N° 8 inciso 1; N° 9 inciso 1 y 5; N° 10 incisos 1, 2, 3, 4, 6 y 7; N° 11 incisos 1, 2 y 4; N° 12 incisos 1, 4 y 5; N° 13 inciso 1; N° 14 es totalmente un principio; N° 15 incisos 1, 5, 6; N° 16 inciso 1 y 2; N° 17 es totalmente un principio constitucional; N° 18 inciso 1 y 3; N° 19 inciso 1 primera frase; N° 20 inciso 1 y 2; N° 21 inciso 1; N° 22 inciso 1; N° 23 inciso 1; N° 24 incisos 1 y 2 en parte e inciso 9 ; N° 25 inciso 1, 2, 3, y finalmente el N° 26 es una regla en cuanto regula, limita o complementa derechos fundamentales, pero es un principio en cuanto se funda en el principio de proporcionalidad de la afectación”.

sus principales exponentes en el ámbito latino. En ese sentido, BERNAL PULIDO sostiene que la clasificación de una norma que establece derechos fundamentales como una regla o como un principio no puede ser formulada de modo abstracto, es decir, únicamente a partir de la lectura de un enunciado de la Constitución. De ese modo, para efectos del control de constitucionalidad de las leyes, la distinción entre reglas y principios sólo puede determinarse para cada caso en concreto, al examinar la específica relación entre una norma constitucional y la ley que se encuentra siendo objeto de dicho control (2003: pp. 588). Así las cosas, la crítica formulada por MORESO en relación al particularismo sigue en pie, más aun cuando se considera uno de los aspectos que ALEXY destaca a propósito de su concepto de las reglas de derecho.

En efecto, la noción de regla de ALEXY incluye a las denominadas reglas incompletas, esto es, aquellas que, aun cuando carecen de la generalidad, la vaguedad y la imprecisión que caracterizan a los principios jurídicos, igualmente deben ser objeto de ponderación o balance. En estos casos, se trataría de reglas que deben ser completadas mediante otras normas que contienen principios o conceptos jurídicos indeterminados que apuntan en una dirección contraria, y cuya aplicación requiere utilizar el método de la ponderación. Incluso, este autor ha sostenido que, en la mayoría de los casos en que los derechos fundamentales se encuentran establecidos como reglas, éstas configuran casos de reglas incompletas cuya aplicación igualmente depende del principio de proporcionalidad. Un buen ejemplo de estos tipos de reglas se verifica cada vez que estamos ante reglas que, junto con establecer un derecho, consagran limitaciones o restricciones que consisten en principios o en conceptos jurídicos indeterminados (2014: pp. 117).³⁸

En consecuencia, la distinción fuerte entre reglas y principios, junto a una noción amplia de las reglas incompletas, conduciría a la utilización del principio de proporcionalidad para resolver prácticamente todas las controversias en que deban interpretarse los derechos fundamentales, sin considerar las problemáticas que hemos

³⁸ Un ejemplo de estas reglas incompletas sería el inciso segundo del numeral 11 del artículo 19 de la Constitución chilena, que, a propósito del derecho a la libertad de enseñanza, establece que ésta “no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.”

examinado hasta aquí. Asimismo, esta circunstancia, que amplía el conjunto de casos en que el Tribunal Constitucional puede utilizar dicho elemento de interpretación, exige considerar la amplitud de las atribuciones que ejerce a propósito del control de constitucionalidad de proyectos de ley, específicamente en lo que respecta a sus facultades de control preventivo obligatorio (BASSA, 2015: pp. 260). Como es sabido, en estos casos no se requiere la existencia de un conflicto de constitucionalidad durante la tramitación seguida por el poder legislativo, de modo tal que la intervención que realiza dicho tribunal, junto a una mayor laxitud en la utilización de los elementos de interpretación de que dispone, puede tensionar al proceso deliberativo que debe caracterizar al trámite de formación de las leyes.

En consideración a estos factores resulta pertinente revisar la clasificación entre principios en sentido estricto y directrices, toda vez que permite evitar las consecuencias que derivan de la distinción fuerte entre reglas y principios. En efecto, ATIENZA y RUIZ MANERO sostienen que la versión fuerte de la teoría principialista es acertada siempre que, previamente, haya de señalarse que no todos los principios presentan los rasgos de los mandatos de optimización y, por tanto, no deben ser objeto de ponderación.

Así, según esta teoría, se debe distinguir entre los principios en sentido estricto, que son aquellos estándares que expresan los valores superiores –o últimos- de un ordenamiento jurídico, y las directrices, que son aquellas normas que estipulan la obligación de perseguir el cumplimiento de determinados fines. Sólo respecto a estos es posible concebir su aplicación como mandatos de optimización, toda vez que los primeros, no obstante utilizar terminología abierta, requieren una aplicación binaria tal como ocurre tratándose de las reglas, a diferencia de lo que sucede con las directrices, en que, estipulada la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan abierto el modelo de conducta prescrito para su cumplimiento (ATIENZA y RUIZ MANERO, 1991: pp. 111). Esto es así porque las directrices apuntan a la consecución de un determinado objetivo, tales como la protección de un bien o valor, pero dejan abierto el curso de las acciones idóneas para alcanzarlo, considerando que éstas pueden tener efectos

negativos contra otros bienes de importancia interdependientes entre sí, lo que exige articular políticas que permitan conciliar, en el mayor grado posible, los valores en pugna (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2015: pp.33). Al mismo tiempo, esta idea cautela de mejor manera la facultad de los órganos colegisladores para regular el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, considerando que en ellos reside la atribución de configurar su contenido y de diseñar las políticas públicas. De ese modo, al tratarse de un asunto encomendado al proceso político y a la regla de la mayoría, en el caso de las directrices, sólo resultarían constitucionalmente inadmisibles aquellas decisiones que sean totalmente ineficientes o inidóneas para alcanzar el objetivo ordenado (RUIZ MANERO, 2007: pp. 91).

Asimismo, a partir de esta clasificación se ha advertido una diferencia en el elemento justificatorio que subyace a los principios jurídicos en sentido estricto y a las directrices. Este aspecto resulta relevante porque permite distinguir a ambos tipos de estándares normativos y, además, da cuenta de la relación existente las normas y los valores.

En efecto, tratándose de los principios en sentido estricto, se trata de normas que incorporan los valores últimos de un ordenamiento. De ese modo, no debe atenderse a las consecuencias que derivan de su aplicación, pues si su valor radicara en ellas, el elemento justificatorio adquiriría un carácter utilitarista, soslayando las acciones o estados de cosas que constituyen su fundamento. Así, el criterio de corrección que encontramos en este caso implica una exigencia de todo o nada, del mismo modo que ocurre tratándose de las reglas de derecho (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2015: pp.37).

Por su parte, en el caso de las directrices se estaría ante disposiciones en que subyacen valores utilitarios, pero no últimos. En consecuencia, las acciones o estados de cosas pueden ser objeto de un análisis a partir de un criterio superior de valoración. Luego, una acción o decisión es justificada cuando, respetando las normas del ordenamiento jurídico de que se trate, permite la obtención de un objetivo con la menor afectación o sacrificio de otros fines. A partir de allí es posible advertir que en las directrices subyace un criterio de corrección que puede ser satisfecho en diversos grados

conforme a un criterio de eficiencia, que es justamente la idea que subyace a la ponderación y al principio de proporcionalidad (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2006: pp. 20).

A modo de ejemplo, en el caso chileno, en el reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública concurren los elementos que caracterizan a las directrices. En efecto, se trata de un derecho que apunta a obtener la obligatoriedad de perseguir un determinado fin en la mayor medida posible, dejando abierto el modelo de conducta prescrito para su cumplimiento. Asimismo, se trata de la consecución de un objetivo social susceptible de ser evaluado en términos de eficiencia, sobre todo en contraposición a una serie de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente.

De esta manera, sólo en estos casos –cuando se está ante una directriz-, podría justificarse la aplicación del principio de proporcionalidad, lo que permite evitar las consecuencias que derivan de la versión maximalista de la distinción entre reglas y principios, en la forma en que, de modo creciente, ha sido recogida por el Tribunal Constitucional chileno³⁹.

³⁹ Es precisamente este razonamiento el que ha tenido a la vista el Consejo para la Transparencia y las Cortes de Apelaciones para aplicar el denominado *test* o prueba de daño. Esta herramienta exige que la denegación de información emanada de la administración no requiera únicamente el señalamiento de la causal invocada para ello, sino también la demostración que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño a un valor jurídicamente protegido. En este sentido, en diversas resoluciones del Consejo para la Transparencia se ha sostenido que “en cuanto a la determinación del carácter secreto o reservado de un documento, reconociendo la naturaleza de derecho fundamental del acceso a la información pública y atendido lo dispuesto por los artículos 10, 16 y 21 de la Ley de Transparencia, este Consejo ha señalado que para determinar la afectación a los bienes jurídicos protegidos por las causales de reserva o secreto de la información, es necesario, en primer lugar, no sólo que la información de que se trate concierna a la materias sobre las que éstos versan, sino que además debe dañarlos o afectarlos negativamente en alguna magnitud y con alguna especificidad que habrá de ser determinada, daño que no cabe presumir, sino que debe ser acreditado por los órganos administrativos que tiene alguna probabilidad de ocurrir y, en segundo lugar, debe existir proporcionalidad entre los daños que la publicidad provoca a alguno de los bienes establecidos en Ley de Transparencia y el perjuicio que el secreto causa al libre acceso a la información y al principio de publicidad. En este sentido, decisiones Roles A-1-09 (2009), A-39-09 (2009), A-45-09 (2009), C-669-10 (2010) y C-652-10 (2010).

CONCLUSIONES

1. El contenido esencial de los derechos fundamentales consiste en una noción propia del Derecho constitucional, de larga data, que apunta a sustraer a las garantías básicas del ordenamiento jurídico de los vaivenes de la política ordinaria. El desarrollo doctrinario de esta institución, al distinguir entre el contenido absoluto y relativo, configura un parámetro que permite dar cuenta de los lineamientos jurisprudenciales que se han formulado a su respecto.

2. En la última década, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno respecto de esta garantía ha experimentado un cambio de criterio. En efecto, la idea de que el contenido esencial configura una dimensión fija, con total prescindencia de su aplicabilidad en cada caso en concreto, ha dado paso a la utilización cada vez más frecuente de la distinción entre reglas y principios y del principio de proporcionalidad. Este proceso supone modificar los elementos de interpretación jurídica y de argumentación judicial e implica el abandono de un criterio que, al aplicar la noción de un contenido absoluto de los derechos fundamentales, proponía su jerarquización *ex ante*.

3. La teoría principialista cuenta con diferentes versiones acerca de la distinción entre ambos tipos de enunciados normativos. A propósito del contenido esencial de los derechos fundamentales, en el último tiempo ha predominado la distinción fuerte entre reglas y principios, según la cual entre estos existe una diferenciación lógica, estructural y cualitativa. Ello requiere considerar los efectos que derivan de aplicar esta teoría y analizar si la forma en que ha sido recogida por el Tribunal Constitucional chileno resulta coherente con los principales postulados que enarbola.

4. En efecto, la utilización del principio de proporcionalidad para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales parece haberse asentado sobre la idea de que todos los derechos fundamentales pueden ser concebidos como principios jurídicos y, consecuentemente, como mandatos de optimización. Asimismo, la distinción fuerte entre

reglas y principios, en los términos en que ha sido formulada por ALEXY, sostiene que cuando los derechos fundamentales han sido establecidos como reglas ha sido bajo la fórmula de las reglas incompletas, lo que amplía aún más el rango de normas que deben ser objeto de ponderación o balance.

5. Esta forma de concebir la distinción entre reglas y principios introduce un alto grado de subjetividad en el juzgador, afecta excesivamente el ámbito de actuación de los órganos colegisladores, desatiende el distinto aspecto justificativo que subyace a los derechos fundamentales y soslaya que estos, en algunos casos, pueden ser configurados como reglas de derecho.

6. La distinción entre principios en sentido estricto y directrices permite enfrentar y resolver estas problemáticas, toda vez que proporciona criterios para determinar los casos en que estamos frente a disposiciones concebidas como mandatos de optimización. De este modo, sólo cuando es posible identificar los valores instrumentales que subyacen a las directrices es posible aplicar el principio de proporcionalidad, lo que constituye un aspecto fundamental para resolver adecuadamente, desde un punto de vista argumentativo, las controversias entre los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

AARNIO, Aulis (1997): “Las reglas en serio”, en *La normatividad del derecho*, AARNIO, Aulis; GARZÓN VALDÉS, Ernesto y UUSITALO, Jyrki (coord.), Gedisa, Barcelona.

ALDUNATE, Eduardo (2013): “La fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho”, en *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno*, ALDUNATE, Eduardo y CORDERO, Eduardo, Legal Publishing, Santiago.

ALDUNATE, Eduardo y FUENTES, Jessica (1997): “El concepto de derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XVIII, Valparaíso.

ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio; ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca.

ATIENZA, Manuel (2016): “A vueltas con la ponderación”, en *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991): “Sobre principios y reglas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 10, Alicante.

ATRIA, Fernando (2003): “El derecho y la contingencia de lo político”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 26, Alicante.

ALEXY, Robert (1999): “La tesis del caso especial”, en *Isegoría*, N° 21, Madrid.

BAÑO LEÓN, José María (1988): “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”, en *Revista española de derecho constitucional*, año n° 8, N° 24, Madrid .

BASSA, Jaime (2015): “El Tribunal Constitucional en la Constitución chilena vigente”, en *La Constitución chilena*, BASSA, Jaime; FERRADA, Juan Carlos; VIERA, Christian, Lom, Santiago.

BARNES, Javier (1994): “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, N° 135, Ciudad de México.

BOROWSKY, Martin (2000): La restricción de derechos fundamentales, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 59, Madrid.

COMANDUCCI, Paolo (1998): “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21, Alicante.

COVARRUBIAS, Ignacio (2012): “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y en su aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2, Santiago.

COVARRUBIAS, Ignacio (2014): “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?”, en *Revista Estudios Constitucionales*, año 12, N°1, Santiago.

FERRADA, Juan Carlos (2007): “Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XX - N° 2, Santiago.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007): “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, CARBONELL, Miguel (coord.), Trotta, Madrid.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2009): “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en *Derechos sociales y ponderación*, ALEXY, Robert (coord.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

GORNIG, Gilbert (2010): “Los derechos fundamentales: alcance, origen, funciones y aplicación”, en *La ley fundamental alemana y la Constitución Política chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

HART, Herbert (1998): “Postscriptum”, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Estudio preliminar de César Rodríguez, (traducción de Magdalena Holguín) Editorial Siglo del Hombre, Bogotá.

MICHAEL, Lothar (2009): ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N° 11, Granada.

MORESO, José Juan (2003): “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, CARBONELL, Miguel (coord.), Trotta, Madrid.

MORESO, José Juan (2010a): “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*, CARBONELL, Miguel (ed.), Librotecnia, Santiago.

MORESO, José Juan (2010b): “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en *Arbor, revista general del Consejo Superior de Investigaciones Científicas sobre ciencia, pensamiento y cultura*, Madrid.

NOGUEIRA, Humberto (2010): “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*,

CARBONELL, Miguel (coord.), Librotecnia, Santiago.

NINO, Carlos Santiago (1990): “Sobre los derechos morales”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 7, Alicante.

PAREJO, Luciano (1981): “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista española de derecho constitucional*, año n° 1, N° 3, Madrid

PERELLO DOMENECH, Isabel (1997): “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Jueces para la Democracia*, Fundación Jueces para la Democracia, Número 28, Madrid.

POSCHER, Ralf (2011): “Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de la teoría de los principios”, en *La teoría principialista de los derechos fundamentales, Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, SIECKMANN, Jan-R. (ed.), Marcial Pons, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2000): “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid.

ROCA, Victoria (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos Santiago Nino*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

RUIZ, Ramón (2007): “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”, en *Urbe et Ius*, (http://www.urbeetius.org/images/PDF/news20_ruizruiz.pdf).

RUIZ MANERO, Juan (2007): “Una tipología de las normas constitucionales”, en *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid.

RUIZ-TAGLE, Pablo (2002): “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), número 63, Santiago.

SCHAPIRO, Scott J. (2012): “El debate ‘Hart-Dworkin’: una breve guía para perplejos”, en *Dworkin y sus críticos*, MELERO DE LA TORRE, Mariano (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia.

VILLAVERDE, Ignacio (2008): “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, CARBONELL, Miguel (ed.), Ediciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito.

ZÚÑIGA, Yanira (2010): “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista Ius Et Praxis*, Universidad de Talca.

LIBROS

- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago.
- ALEXY, Robert (2014): *Teoría de los derechos fundamentales* (tercera reimp. de la segunda edición), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2005): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México.
- ATIENZA, Manuel (2010): *Interpretación constitucional*, Ediciones de la Universidad Libre de Bogotá.
- ATIENZA, Manuel (2015): *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006): *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2015): *Las piezas del derecho*, Ariel Derecho, Madrid.
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.
- BERTELSEN, Soledad (2010): *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago.
- CARRIÓ, Genaro (1986): *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- CEA EGAÑA, José Luis (1999): *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica*, Ediciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago.
- CIANCIARDO, Juan (2004): *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald (2002): *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Buenos Aires.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998): *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GUASTINI, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

HÄBERLE, Peter (2003): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid.

HABERMAS, Jürgen (1992): *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.

HART, Herbert (1998): *El concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

LANDA, César (2010): *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis (1997): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David (2010): *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid.

MORESO, José Juan (2009): *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid.

NOGUEIRA, Humberto (2006): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecnia, Santiago.

PRIETO SANCHÍS, Luis (1998): *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2013): *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2014): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.

SÁNCHEZ GIL, Rubén (2007): *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México.

SIECKMANN, Jan-Reinard (2014): *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ROCA, Victoria (2005): *Derecho y razonamiento práctico en Carlos Santiago Nino*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

VALENZUELA, Eugenio (2006): *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Serie Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago.

VIERA-GALLO, José Antonio (2011): *Controlando leyes mediante principios: un derecho razonable*, Ediciones del Tribunal Constitucional, Santiago.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid.

SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 43 (1987), control de constitucionalidad respecto del proyecto de la ley orgánica constitucional de los partidos políticos.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 92 (1989), control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapres y deroga el D.F.L. N° 3, de salud, de 1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 185 (1994), control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre Bases del Medio Ambiente.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 200 (1994), requerimiento de un grupo de Diputados respecto del inciso primero del artículo 36 del proyecto de ley sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias Funcionales.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 248 (1996), control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que moderniza el Servicio Nacional de Aduanas.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 325 (2001), requerimiento de inconstitucionalidad de un grupo de Senadores respecto del Decreto Supremo N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 546 (2006), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 30 del decreto ley N° 3.538.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 634 (2006), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 13 de la ley N° 18.575.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 790 (2007), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 4° de la ley N° 18.549 y del artículo 29 de la ley N° 18.669.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 943 (2007), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del Código Civil.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.061 (2008), requerimiento de inaplicabilidad respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.182 (2008), requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 4° de la ley N° 19.260.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.262 (2008), requerimiento de inaplicabilidad respecto de la parte final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario.

Sentencias del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.273 (2008), requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 38 ter de la ley N° 18.933.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.345 (2009), pronunciamiento de oficio sobre la inconstitucionalidad de las expresiones: “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.348 (2009), requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 38 ter de la ley N° 18.933.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.365 (2009), requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 5°,6°, 16,17 y 18 de la ley N° 19.970 e inciso segundo del artículo 1° transitorio de esa ley.

Sentencias del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.419 (2009), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del Código Civil.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.463 (2009), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 2.331 del Código Civil.

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 5.043 (2009), recurso de amparo caratulado “Gallardo Raposo y Cortez Benítez contra Juzgado de Garantía de Valparaíso”.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.679 (2010), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del Código Civil.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.710 (2010), proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la ley N° 18.933.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.798 (2010), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del Código Civil.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.071 (2011), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del Código Civil.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.365 (2012), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) respecto de los artículos 48 y 108, letra b) de la Ley N° 19.039 de propiedad industrial

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4.680 (2012), reclamo de ilegalidad en contra de la decisión adoptada por el Consejo para la Transparencia, en el marco del amparo Rol C-1553-11.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.358 (2013), requerimiento presentado por un grupo de diputados respecto de la inconstitucionalidad del N° 9 del artículo único del proyecto de ley que “permite la introducción de la televisión digital terrestre”.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.693 (2014), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.787 (2015), requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores en relación al proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.935 (2015), requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados respecto de parte de las glosas correspondientes al proyecto de ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2016.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.689 (2016), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República respecto del artículo 5° y 10 de la ley N° 20.285.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.841 (2016), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Inversiones Cava SpA. y otra respecto del artículo 41 N° 5 del Decreto Supremo N° 2.385, de 1996, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que aprueba el texto refundido y sistematizado del decreto ley N° 3.063, de 1979, Ley de Rentas Municipales.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.922 (2016), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 29 del DL N° 3.538, de 1980.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2.983 (2016), requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 195, 195 bis y 196 ter, todos de la Ley N° 18.290 (ley de tránsito).

OTROS DOCUMENTOS

Comité de Derechos Humanos de la ONU (1999), Comentario General N° 27 sobre el artículo 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004), caso Ricardo Canesse vs. Paraguay.

Sentencia del Tribunal Constitucional español, N° 11/1981 recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Real Decreto-Ley 17/77, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo.

