

¿EMPLEA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL TEST DE PROPORCIONALIDAD?*

(128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Lores y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

¿DOES THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT USE THE PROPORTIONALITY TEST?

(128 judgements of the Constitutional Court from the perspective of German Constitutional Court, House of Lords and European Court of Human Rights doctrine of proportionality)

IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS**

Universidad del Desarrollo - Chile
icovarrubias@udd

RESUMEN: El presente texto examina de qué manera el Tribunal Constitucional chileno se ha referido al test de proporcionalidad desde que por primera vez lo invocara el año 2006. En dicha labor el artículo pretende contribuir a dilucidar la incidencia con que ha operado el aludido estándar desde entonces y, asimismo, clarificar la noción del test de proporcionalidad que suele emplear el Tribunal en la perspectiva de algunas versiones comparadas que se exponen acerca del mismo estándar de adjudicación constitucional. En los casos en que el Tribunal lo emplea, lo hace bajo una modalidad que rechaza la noción optimizadora del test.

ABSTRACT: This text analyzes how the Chilean Constitutional Court uses the proportionality test since 2006, the first time that the Court referred to it. In this endeavor this article expects to clarify the real incidence that the proportionality has had since then, and, likewise, elucidate the conception of proportionality generally used by the Court from the perspectives of some comparative lessons herein exposed about such a standard of constitutional adjudication. When the Court applies the test, it is used in a way that rejects the optimizing conception of it.

PALABRAS CLAVE: Test de proporcionalidad, Concepciones sobre la proporcionalidad, Tipo de proporcionalidad efectivamente empleada.

KEYWORDS: Proportionality test, Conceptions of proportionality, Type of proportionality really used.

* Trabajo recibido el 28 de mayo de 2013 y aprobado el 13 de noviembre de 2013.

** Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Profesor de Derecho constitucional y Director del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Se agradece especialmente a los ayudantes de investigación Andrés Munizaga y Fairus Docmac, cuya comprometida y exhaustiva colaboración ha sido crucial para llevar adelante el presente artículo. También agradezco las observaciones de Sergio Verdugo y Nicolás Enteiche, ambos profesores de esta Facultad.

I. OBJETO, PLANTEAMIENTO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Esta colaboración persigue exhibir que existen versiones alternativas a la mayoritariamente difundida en Chile acerca de la proporcionalidad; en segundo término, pretende dilucidar la noción de proporcionalidad que el TC formula (si es que adopta alguna en relación con los lineamientos del Derecho comparado del test que se expone); en tercer lugar, mostrar la brecha existente entre el estándar que se formula y el que efectivamente emplea, y dentro de esto, clarificar la incidencia real con que opera este criterio en el universo de la jurisprudencia del Tribunal.

El año 2006 fue la primera ocasión en que el Tribunal Constitucional acudió formalmente al uso de lo que se conoce como test de proporcionalidad (asimismo, “examen”, “criterio” o “estándar”). Desde entonces, 128 sentencias de dicha magistratura han recurrido con mayor o menor pertinencia a una aproximación estándar muy amplia del test, entendido como un criterio de exigencias escalonadas que alude a un modo de aproximarse a resolver la tensión que se produciría entre los efectos generados por determinados actos estatales (habitualmente, legislativos o administrativos) y los derechos fundamentales de una persona, afectados por tales actos o por las medidas concretas adoptadas por la autoridad en virtud de las potestades públicas conferidas por la Constitución o la ley para la promoción del bien común.

Una determinación preliminar sobre aquello de lo que estamos hablando es crucial, pues ¿qué utilidad tiene exhibir un cúmulo de sentencias que mencionan la expresión proporcionalidad si ellas no se identifican con las exigencias con que habitualmente se conoce el referido test? Sin perjuicio de los matices existentes sobre el estándar, la noción a la que adscribe buena parte de la doctrina en nuestro país¹ –y veremos en Alemania y parte de Europa continental²– afirma que toda intervención en los derechos fundamentales debe superar las siguientes exigencias para que sea constitucionalmente legítima: (a) “*debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo*” (*idoneidad*). Este paso supone un examen más o menos implícito de la licitud del fin que la medida persigue y en algunos casos pasa a configurar la primera exigencia del test que suele denominarse *existencia de un fin legítimo*.

¹ GARCÍA y CONTRERAS (2009), pp. 137-175; CONTRERAS (2009), pp. 19-64; ZÚÑIGA AÑAZCO (2010), pp. 249-272, y DÍAZ (2011), pp. 167-206. NOGUEIRA (2010), pp. 353-403, veremos, representa una posición especial.

² En Alemania: ALEXY (2002), GRIMM (2007), pp. 383-395; en España: BARNES (1994), pp. 500-501, MEDINA (1997), p. 120, PERELLO DOMENECH (1997), pp. 70 y ss.; en Colombia: BERNAL (2003), pp. 36-37; en EE.UU.: SULLIVAN y THOMAS. (2009), pp. 53-66, y STONE y MATHEWS (2009), pp. 53-66, entre otros.

El segundo requisito consiste en que la intervención autoritativa (b) “*debe ser la más benigna con el derecho intervenido*” entre todas las alternativas idóneas, y (c) “*las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general*”³. La segunda regla es denominada *necesidad*, mientras que la última habitualmente se conoce como *proporcionalidad en sentido estricto* o *regla de ponderación*, al representar el deber de que en la ponderación se llegue a un equilibrio entre los beneficios que la medida adoptada irroga versus el daño padecido por el derecho afectado, a fin de concluir en qué lado de la balanza se produce el mayor bien, comparativamente hablando⁴.

El universo de 128 decisiones observadas del Tribunal Constitucional se refiere mayoritariamente a sentencias de inaplicabilidad (118 fallos) y, en menor medida, a declaraciones de inconstitucionalidad (6 sentencias)⁵, como asimismo, al control preventivo de preceptos legales y tratados (7 sentencias)⁶. Debe indicarse que de los 118 fallos de inaplicabilidad, 76 corresponden a pronunciamientos sobre el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, lo que representa un 64,41%. En el caso de las inaplicabilidades, sólo se han incluido tres fallos en que la proporcionalidad es utilizada por la disidencia⁷. Hemos de reiterar que en muchos de los casos examinados el Tribunal Constitucional (“TC”, “Tribunal” o “magistratura constitucional”) ha recurrido a la proporcionalidad en un sentido lato, sin ceñirse en la mayoría de las ocasiones a aquel estándar recién citado y que buena parte de la doctrina nacional y comparada conoce como test de proporcionalidad.

Considerando lo dicho es que el criterio adoptado para incluir el total de sentencias revisadas se sigue de constatar que en todas ellas existe un intento –más

³ BERNAL (2003), pp. 36-37, quien sigue a ALEXY (2002).

⁴ ALEXY (2002) y BEATTY (2004), entre otros. Como se verá, esta lógica se ha visto representada en el TC únicamente por la disidencia de la sentencia Correos electrónicos I (2012), Rol N° 2.153-2011 de 11 de septiembre de 2012, c. 31 y ss.

⁵ TCCH, Rol N° 1.345-2009 de 25 de mayo de 2009; Rol N° 1.812-2010 de 18 de agosto de 2011; Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008; Rol N° 1.138-2008 de 8 de septiembre de 2008; Rol N° 1.140-2008 de 15 de enero de 2009; Rol N° 1.254-2008 de 29 de julio de 2009; Rol N° 1.710-2010 de 6 de agosto de 2010.

⁶ Entre otros, TCCH, Rol N° 1.243-2008 de 30 de diciembre de 2008; Rol N° 1.361-2009 de 13 de mayo de 2009; Rol N° 1.824-2010 de 9 de diciembre de 2010; Rol N° 2.055-2011 de 1 de septiembre de 2011; Rol N° 2.231-2012 de 28 de junio de 2012.

⁷ TCCH, Rol N° 829-2007 de 6 de marzo de 2008; Rol N° 2.085-2011 de 7 de junio de 2012; Rol N° 2.153-2011 de 11 de septiembre de 2012.

o menos logrado— de adoptar un estándar que supone un juicio escalonado de tres o cuatro requisitos que determinan la constitucionalidad del acto estatal que afecta el ejercicio de un derecho sujeto a la intervención regulativa de la autoridad. Por ello es que se ha excluido del examen a aquellos fallos que se refieren a la proporcionalidad en materia constitucional tributaria⁸ o que lo miran como axioma general “*subsumido en el ordenamiento constitucional chileno*”⁹ o como principio de correspondencia entre un medio y un fin, en aquellos casos en que se ha observado como una sola exigencia de adecuación y justicia entre la entidad de un ilícito y la sanción aplicada, propia del Derecho Penal¹⁰ o del Derecho Administrativo Sancionatorio. Aquí, la proporcionalidad se identifica únicamente con el requisito de adecuación o idoneidad, prescindiendo de las restantes exigencias propias de este criterio. Especular sobre el cúmulo de sentencias en que el criterio pudo haber sido aplicado, tampoco aporta en esta instancia del trabajo.

También se ha constatado que en el tiempo que corre desde el primer fallo que adopta el test —el año 2006 hasta el período que cubre este trabajo¹¹— el TC ha dictado un total de 1.362 sentencias de inaplicabilidad, de inconstitucionalidad y de control de constitucionalidad, lo que revela que el influjo real del aludido criterio de adjudicación es mínimo —un 9,39%—, considerando el universo total de sentencias dictadas en las referidas materias desde entonces. Esto, sin reparar hasta ahora acerca de si en tal marginal porcentaje el TC ha empleado efectivamente el estándar.

No obstante las luces que arrojan algunos datos, es evidente que la interrogante planteada no puede ser abordada únicamente desde una aproximación descriptiva y cuantitativa, pues el TC ha formulado el test bajo versiones distintas e incluso contrapuestas. Por otra parte, su aplicación ha sido bastante irregular en el universo de las 128 sentencias en que se alude formalmente a dicho estándar, pues

⁸ Sólo existe un caso en que el TC ha acudido al test a partir de la prohibición constitucional de establecer tributos “manifestamente desproporcionados”, en TCCH, Roles N° 1951-2011 y 1952-2011 de 28 de marzo de 2011 y 13 de septiembre de 2012, respectivamente.

⁹ NOGUEIRA (2010), p. 374, se refiere a ella como “*la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho*”.

¹⁰ En doctrina penal, desde BECARÍA, p. 138, se exigía la existencia de “*una proporción entre los delitos y las penas*”. Esto fue recepcionado por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que expresó: “*La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias*” (artículo 8).

¹¹ El período examinado por este artículo cubre las sentencias dictadas hasta el 31 de enero de 2013.

en varias ocasiones el TC ha dejado de aplicar el aludido criterio luego de haberlo invocado conceptualmente, o incluso después de haber justificado su procedencia en el caso de que se trata. Por ejemplo, en los casos sobre el *Artículo 38 ter de la Ley de Isapres* el sentenciador ha invocado aunque no empleado efectivamente el test, lo que representa un 64,41% del total de sentencias de inaplicabilidad (118) que se tuvieron a la vista por el hecho de invocar simplemente o emplear, sea parcial o totalmente, la proporcionalidad.

Como se asume la existencia de varias modalidades de la proporcionalidad, efectuaremos una síntesis de las versiones distintivas de dicho estándar en el ámbito europeo continental (especialmente alemán), del Reino Unido, con referencias también al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Abordamos la tarea sin pretender afirmar que las aludidas versiones sean las únicas sobre el test o que agoten el abanico de sus posibilidades de despliegue¹².

Entonces se observarán diferencias formales y materiales en un aspecto crucial del test, contrapuestas a aquella versión más extendida de la proporcionalidad en el ámbito del Derecho continental europeo y de su progenie jurídica, entre los que se cuenta a nuestro país. Se advertirá que el TC no sólo se aparta del aludido aspecto distintivo –la regla de optimización– del criterio de proporcionalidad dominante en varios países depositarios de la referida tradición jurídica, sino que en la mayoría de las ocasiones se aproxima más al modo con que el Derecho británico y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han recepcionado tal estándar de adjudicación.

Este artículo pretende contribuir a la configuración de la base para abordar críticamente, en un próximo trabajo de este o de otros autores, una serie de aspectos normativos cuyas perspectivas aquí se abren. En tal sentido, se advierte que el presente no es un trabajo estrictamente cuantitativo, sino que se vale de algunas cifras como sustento contextual de las constataciones descriptivas y conclusiones normativas que se siguen.

II. ¿EXISTE UNA SOLA FORMULACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD?

La respuesta a la interrogante planteada es ciertamente negativa. Veremos que la fórmula con la que habitualmente se conoce el señalado examen de adjudicación en los países de la tradición continental europea no es la única modalidad

¹² BARAK (2012), pp. 194-210, exhibe sintéticamente la evolución de algunas jurisdicciones –Canadá, Nueva Zelanda, Israel– que han adoptado la proporcionalidad.

bajo la cual ha sido concebido dicho criterio en otros ordenamientos jurídicos, particularmente el Derecho del Reino Unido. Consecuencialmente, no es posible pronunciarse sobre la proporcionalidad sin un sinceramiento preliminar acerca de a cuál versión de la misma es a la cual nos estamos refiriendo.

Mostrar las distintas modulaciones del test de proporcionalidad excedería con mucho el objeto de este trabajo, por lo que nos centraremos en exhibir panorámicamente que la versión dominante en Europa continental, la alemana —a la que adhiere la casi totalidad de la doctrina chilena, como si no hubiera otra¹³— tiene su adopción alternativa tanto en el Derecho del Reino Unido (asimismo, Derecho “inglés” o “británico”), como también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (indistintamente, “TEDH” o “Tribunal de Estrasburgo”). También se ha exhibido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una versión alternativa a la germana, aunque no nos ocuparemos de ello aquí, entre otros motivos, porque el tema ya ha sido ampliamente abordado por otros autores¹⁴.

A modo ilustrativo, *Rivers*¹⁵, *Cohn*¹⁶ y *Barak*¹⁷, entre otros autores¹⁸, han perfilado algunas diferencias entre la proporcionalidad continental y la británica. El primero, denunciando las distinciones relevantes entre una y otra aproximación y, el segundo, explicando de qué manera el tradicional estándar de revisión judicial británico (*razonabilidad*), en conjunto con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, han contribuido a modular la proporcionalidad bajo aquella modalidad recepcionada por las máximas instancias judiciales inglesas, esto es, la Cámara de los Lores y el *Privy Council* (para estos efectos, asimismo, el Derecho “británico” o del “Reino Unido”).

Por nuestra parte, y continuando el derrotero iniciado por los aludidos autores, hemos detectado —en una revisión de la jurisprudencia más relevante del Derecho

¹³ A modo ejemplar: DÍAZ (2011), pp. 167-206; ZÚÑIGA (2010), pp. 249-272, y GARCÍA PINO y CONTRERAS VÁSQUEZ (2009), p. 144.

¹⁴ NOGUEIRA (2011), p. 136, expone así la visión alternativa de la Corte Interamericana: “*Cuando la Corte constata tras una adecuada delimitación de los derechos, que uno de ellos es afectado en su contenido esencial o se desnaturaliza, no hay nada que ponderar, sólo debe protegerse el derecho vulnerado por la acción del Estado*”. En la misma línea, MEDINA y NASH (2007), pp. 16 y ss., advierten que la proporcionalidad adoptada por la Corte Interamericana es la interpretada por la Corte Europea de DD.HH.

¹⁵ RIVERS (2006), pp. 74-102.

¹⁶ COHN (2010), pp. 583-629.

¹⁷ BARAK (2012).

¹⁸ STONE y MATHEWS (2009), pp. 73-163, a modo ejemplar.

británico desde la adopción de la proporcionalidad en el Reino Unido— una evidente renuencia de las referidas instancias judiciales a formular y emplear aquella exigencia del test más típica del Derecho continental europeo y particularmente de la doctrina alemana: la regla de *proporcionalidad en sentido estricto*, también denominada *regla del balanceo*, según la cual los tribunales deben ponderar si la lesión padecida por el titular del derecho afectado se ve compensada por el beneficio perseguido por el acto o medida adoptada por la autoridad pública¹⁹.

Como veremos, se ha podido constatar que existen dos grandes modos de describir el principio de proporcionalidad: uno que mira el test como un criterio de *optimización de intereses* (*optimizing conception*)²⁰ o un *balanceo optimizador*²¹ y, por otra parte, la noción “limitativa del Estado” (*state-limiting*) que aquí denominaremos concepción *garantista de derechos* (o simplemente, *garantista*), por ser ésta más representativa de la exigencia del estándar donde radica aquella crucial diferencia entre una y otra formulación. Entre ambas nociones se encuentra la modalidad empleada por el TEDH, la cual no configurará aquí una versión diversa a las anteriores, por encontrarse bastante más alineada a la noción garantista al no contemplar explícitamente la *regla optimizadora* del test.

Por ello es que sin pretender ser exhaustivos en el recuento, la interrogante central de este trabajo —si el test es efectivamente usado por el TC— no puede ser siquiera abordada sin clarificar preliminarmente una visión panorámica que permita contextualizar los dos grandes lineamientos contrapuestos en la formulación y aplicación de la proporcionalidad y la ubicación del TEDH entre tales polos, aunque más próximo a uno de ellos.

A) La noción optimizadora de la proporcionalidad bajo el TC alemán y Robert Alexy

Los rasgos germinales del test y, específicamente, de lo que más tarde se denominará *proporcionalidad en sentido estricto* —el factor decisivo de la noción

¹⁹ COVARRUBIAS (2013), pp. 471-501.

²⁰ RIVERS (2006), pp. 176-182. Es acertada la denominación, pues el mismo ALEXY (2009), p. 8, afirma que “*todos estos subprincipios [del test] expresan la idea de optimización*”.

²¹ COVARRUBIAS (2012a) y (2012b), respectivamente: como un test cuyo aspecto determinante consiste en balancear utilitariamente los objetivos públicos perseguidos con la medida adoptada por la autoridad con la lesión que podría generarse para los derechos como efecto de la aludida intervención autoritativa.

optimizadora²²— surgen en la Alemania del siglo XVIII, cuando Carl Svarez afirma que “*los daños que mediante la restricción de la libertad deben ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante*”²³. Luego, con el advenimiento del Estado liberal, los tribunales de justicia tendrán un importante rol en el disciplinamiento de las potestades públicas, llevando a cabo un incipiente control sobre algunos elementos que, a la postre, formarán parte de las exigencias o subprincipios de la proporcionalidad, a saber, la *adecuación* de los medios a la finalidad perseguida por la regulación estatal, verificando además si las restricciones adoptadas superaban lo estrictamente *necesario*, de conformidad a las exigencias demandadas por el objetivo público²⁴.

En dicho contexto, si bien el TC alemán y otros tribunales germanos ya habían adelantado algunas exigencias de la proporcionalidad —en un principio más afines a la prohibición de la desproporcionalidad o del exceso²⁵—, fue en el caso *Farmacias* (1958) cuando adoptó los primeros lineamientos de una noción optimizadora entre las exigencias del bien común y la libertad de ejercer una profesión, afirmando que “*al pretender maximizar ambas (...) demandas del modo más efectivo, la solución sólo puede recaer en un cuidadoso balanceo del sentido de los dos opuestos y quizás conflictivos intereses*”.²⁶

La conocida fórmula escalonada de varios requisitos, que incluye a la noción optimizadora, tuvo lugar en varias sentencias venideras. En *Asesoría Jurídica* (1976), luego de referirse a las exigencias de idoneidad y necesidad, se señaló que “*para el caso de una ponderación entre la magnitud de la intervención y el peso y urgencia de los motivos que lo justifican (...) entre más sensible sea el perjuicio que se cause al*

²² La expresión “optimización” es utilizada por Alexy y se condice con la idea expresada por el economista Pareto de que optimizar es mejorar una posición sin perjudicar la otra. Creemos que difícilmente ello se cumple tratándose del test en su conjunto, pues hay casos en que su resultado conlleva el sacrificio entero de un derecho o de un aspecto inviolable de éste, en beneficio de un interés estimado superior. Esta hipótesis dista mucho de configurar una optimización paretiana, pues se mejora una posición a costa de la otra.

²³ GOTTLIEB (1791), cita tomada de SCHNEIDER (1976), p. 393, y BERNAL (2003), pp. 40-41.

²⁴ BARNES (1998), p. 24.

²⁵ ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), pp. 65-116.

²⁶ Sentencia BVerfG 7, 377 de 11 de junio de 1958, cit. por SCHWABE (2009), p. 316. Todas las sentencias citadas por el aludido autor corresponden a traducciones al español efectuadas por la editorial que publicó el libro.

*libre ejercicio de la profesión, más fuertes deberán ser los intereses de la comunidad, a cuyo servicio se haya destinado la reglamentación*²⁷.

La regla utilitarista del test será perfeccionada en *Cannabis* (1994), donde se señaló que “[e]l examen con base en esos criterios puede llevar a la conclusión de que un medio –en sí mismo adecuado y necesario para la protección del bien jurídico– no se pueda aplicar, porque los perjuicios para los derechos fundamentales de los implicados que de allí se derivan sean mayores que los bienes jurídicos a proteger, de manera tal que los medios empleados para la protección aparezcan como desproporcionados”²⁸. En casos posteriores este criterio será reiterado²⁹.

Esta lógica de ponderación optimizadora ha sido ratificada por buena parte de los autores, quienes han afirmado que bajo la proporcionalidad o, más precisamente, bajo la proporcionalidad en sentido estricto, los tribunales aplican un criterio “*comparativo de beneficio agregativo*”³⁰. Maurer ilustra en toda su crudeza dicho alcance de la proporcionalidad *stricto sensu* al afirmar que en Alemania la medida de autoridad sujeta a examen judicial será legítima cuando “*el beneficio supere el daño ocasionado al individuo afectado*” por dicho acto de autoridad³¹, criterio que ha sido reiterado también por otros autores³², partiendo por el mismo Alexy, a quien nos referiremos enseguida.

Si bien la lógica consecuencialista del test no ha conducido siempre al resultado de hacer sucumbir por entero al derecho sujeto a la intervención gubernamental, cabe precisar que ello se ha producido, ya sea porque el test ha fracasado, al incumplirse alguno de sus requisitos, ya sea porque han prevalecido otros criterios sustantivos, como la *dignidad humana*³³, el *contenido esencial* o la *esfera más*

²⁷ Sentencia BVerfGE 41, 378 de 25 de febrero de 1976, cit. por SCHWABE (2009), p. 326.

²⁸ Sentencia BVerfGE 90, 145 de 9 de marzo de 1994, cit. por SCHWABE (2009), p. 105.

²⁹ Sentencia BVerfGE 76, 196 [207]; 85, 248 [259], de 22 de enero de 1997, cit. por SCHWABE (2009), p. 348.

³⁰ SCHLINK, cit. por OSTERLOH, Lerke (1996): *Grundgesetz, Kommentar* (München, Michael Sachs, edit.).

³¹ MAURER (2006), pp. 250-251.

³² HARTWIG (2010), p. 788, afirma que esta exigencia “*verifica si la ventaja que la restricción ofrece sobrepasa la disminución del derecho en el cual interviene*”, citando al respecto un fallo del TC alemán. En el mismo sentido, p. 791.

³³ Sentencia BVerfGE 93, 266 de 10 de octubre de 1995, cit. por SCHWABE (2009), p. 223: “*La dignidad humana, como fuente de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ser ponderada con ningún derecho fundamental en particular. Pero, no sólo los derechos fundamentales en particular, sino también en su conjunto, son concreción del principio de la dignidad humana, se requiere siempre una justificación cuidadosa, cuando se crea que el ejercicio de un derecho fundamental puede transgredir la inalienabilidad de la dignidad humana*” (lo subrayado es nuestro).

*sensible*³⁴ de los derechos fundamentales. Sin embargo, cuando esto ha sucedido, en varias ocasiones el TC alemán ha dejado la rendija abierta para que el interés invocado por el Estado o el derecho que aparece como contrapuesto pueda terminar imponiéndose, sin contrapeso alguno y en nombre del balanceo optimizador, sobre el derecho afectado.

Así, en *Grabación de conversaciones telefónicas* (2002) si bien el derecho a la intimidad se libró de una total capitulación –atendida la *insuficiencia de un interés público de peso*–, la sentencia dejó abierta la puerta a la prevalencia de “*otros aspectos que den por resultado, que el interés por recabar material probatorio deba ser protegido a pesar de la violación al derecho de la personalidad*”, como por ejemplo, el interés “en esclarecer crímenes especiales”³⁵.

Otro caso ilustrativo es el de la *Ley de Seguridad Aérea* (2006) en que el TC alemán resolvió, fundado en la *dignidad humana*, que la Constitución no ampara, ni siquiera en una situación excepcional como la ocurrida el 11 de septiembre de 2001, la muerte de pasajeros inocentes de un avión con el fin de evitar otras eventuales víctimas de mayor número³⁶. No obstante el resultado valorable, la misma sentencia afirma que “*las leyes pueden vulnerar el derecho a la vida en caso que estén legalmente justificadas bajo el principio de proporcionalidad*”³⁷. Esto se explica porque para el TC alemán, la dignidad es un bien absoluto, en cambio la vida no lo es³⁸.

A esta noción optimizable sobre el derecho a la vida se arribó en *Interrupción del embarazo II* (1997), luego de acudir al típico razonamiento balanceador, reconociendo que “*la extensión del deber de protección para la vida humana del que está por nacer, se debe determinar a la luz de la importancia y la necesidad de*

³⁴ Sentencia BVerfGE 35, 202 de 5 de junio de 1973, cit. por SCHWABE (2009), p. 251: “*Tratándose de reportajes sobre delitos graves de actualidad, el interés del público por la información adquiere prevalencia en general respecto de la protección de la personalidad del delincuente. Sin embargo, además de considerar la inalienabilidad de la esfera más íntima de la vida, se debe respetar el principio de proporcionalidad; de ahí que no siempre sea admisible el nombrar, retratar o simplemente identificar al delincuente*” (lo subrayado es nuestro).

³⁵ Sentencia BVerfGE 106, 28, de 9 de octubre de 2002, cit. por SCHWABE (2009), p. 91. Aquí, el mero interés de asegurar un medio probatorio “*no es suficiente –en el marco de la ponderación– para considerar que este interés deba tener en todo caso el mismo peso o incluso mayor que el correspondiente al derecho general de la personalidad*” (por todas).

³⁶ *Reclamo de constitucionalidad de la Ley antiterrorista alemana* (2006), cit. por LEPSIUS (2006), p. 761.

³⁷ LEPSIUS (2006), p. 767.

³⁸ Así se interpretó desde Sentencia BVerfGE 88, 203 de 28 de mayo de 1993, a partir del Art. 2, párrafo 2, de la Ley Fundamental, que reconoce: “*Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física y será inviolable la libertad de la persona. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley*”.

*protección del bien jurídico en cuestión, de una parte y, por otra parte, de los bienes jurídicos con que colisionan*³⁹.

Luego de reconocer el difícil equilibrio entre uno y otro, el fallo no obstante estimó que el deber de la mujer –impuesto mediante la sanción penal de aborto– de no interrumpir su embarazo podía devenir en “*casos de conflicto particularmente difíciles, en los cuales incluso se vea amenazada su vida; en estos casos, pueden imponerse intereses jurídicos de la mujer dignos de protección con tal urgencia, que al menos el orden jurídico estatal (...) no puede exigir a la mujer que en dicho caso deba dar prioridad al derecho a la vida del que está por nacer bajo cualquier circunstancia*”⁴⁰, como es el caso que justifica la sentencia en cuestión por motivos de violación.

Es interesante observar que si bien aquí no se acudió *formalmente* al test ni tampoco a la proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal Constitucional de todos modos operó *materialmente* bajo la regla de ponderación optimizadora, al decidir sacrificar, aunque sea parcialmente, el deber de brindar protección al embrión humano ante el interés prevalente de la mujer para interrumpir su embarazo en determinadas circunstancias, no obstante haber afirmado previamente en la misma sentencia que “*tratándose de la vida del que está por nacer–, lo que está en juego no es un mayor o menor derecho (...) sino todo, es decir, la vida misma*”⁴¹, admitiendo así la imposibilidad de afectar, siquiera parcialmente, este bien jurídico (aunque luego de todos modos es sacrificado por su oposición a otros intereses que se estiman superiores).

Considerando el panorama expuesto, la *Teoría General de los Derechos Fundamentales*, publicada en 1985 por Robert Alexy, cae en un terreno especialmente abonado. En su obra, el profesor de Kiel propone una “teoría estructural” de los derechos fundamentales, donde atribuye un rol crucial al test de proporcionalidad en la ponderación de éstos, a la luz de la experiencia jurisprudencial del TC alemán, proveyendo de un mayor andamiaje conceptual a dicho modo de adjudicación constitucional.

El primer cimiento en dicha estructura radica en su distinción entre *reglas* y *principios*, identificando a éstos con los derechos fundamentales y conceptualizando los *principios* (por tanto, los derechos) como exigencias o “*mandatos de optimización*” cuya satisfacción ha de darse “*en la mayor medida de la posible*”⁴²,

³⁹ Sentencia BVerfGE 88, 203 de 28 de mayo de 1993, cit. por SCHWABE (2009), p. 122.

⁴⁰ Sentencia BVerfGE 88, 203 de 28 de mayo de 1993, cit. por SCHWABE (2009), p. 130.

⁴¹ Sentencia BVerfGE 88, 203 de 28 de mayo de 1993, cit. por SCHWABE (2009), p. 129.

⁴² ALEXY (2002), p. 21.

atendidas las posibilidades fácticas como jurídicas. Las *reglas*, en cambio, no admiten grados de satisfacción; han de cumplirse sin más, esto es, categóricamente. La proporcionalidad entra aquí en escena: mientras la colisión entre *reglas* se resuelve dando primacía a una e invalidando la otra, el conflicto entre dos *principios* se soluciona acudiendo a un balanceo entre ellos, de un modo que el juez haga prevalecer uno por sobre el otro por estimar que un *principio* tiene mayor peso que el otro, considerando las circunstancias del caso.

El segundo cimiento de la estructura consiste en introducir el balanceo optimizador como el estándar universal de adjudicación en los casos de colisión entre principios. Si los derechos fundamentales son mandatos sujetos a optimización, se sigue como conclusión lógica que la adjudicación constitucional debe resolverse mediante un ejercicio ponderativo entre los derechos fundamentales tensionados o entre éstos y otros *principios* (o intereses), como sería el caso de aquellos invocados por el legislador o por la autoridad administrativa. La optimización paretiana⁴³ propuesta por Alexy se refleja con claridad cuando explica la ley de ponderación (o proporcionalidad *stricto sensu*) que “*mientras mayor sea el grado de no satisfacción, o de detrimento, de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro*”⁴⁴.

Este planteamiento, individualmente considerado, admite que si el *valor* o *peso* (la satisfacción del orden público) atribuido a la medida restrictiva de un derecho (libertad de reunión) supera con mucho el disvalor o lesión padecida por el titular de aquél, la intervención del derecho será constitucionalmente legítima, sin que necesariamente la intensidad en la afectación de aquél constituya un factor que impida su total sacrificio si se estima que “*la importancia de satisfacer el otro*” principio (la salud pública o el medio ambiente) es mayor que el perjuicio de vulnerar el derecho conculcado (v. gr., intimidad o libertad económica)⁴⁵.

Un caso ilustrativo de lo señalado y de la aplicación del aludido ejercicio optimizador por parte del TC español (que en esto suele seguir al modelo alemán) tuvo lugar en *Concentración de Trabajadores de la banca* (1995), en que los trabajadores

⁴³ Aunque ALEXY (2009), p. 8, afirma que los “*subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización*” según el óptimo paretiano, entendiendo por éste aquella en que “*una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra*”, difícilmente éste se cumple si, satisfaciéndose todas las exigencias del test, su resultado conduce al sacrificio entero de un derecho por la prevalencia indiscutida de un bien superior. En tal hipótesis se mejora una posición a costa de la otra.

⁴⁴ ALEXY (2002), p. 102.

⁴⁵ HARTWIG (2010), p. 791, así lo afirma análogamente al referirse al modo de resolver la ponderación según la proporcionalidad en sentido estricto: “*Si ese valor prevalece sobre el efecto de la intervención en el derecho fundamental, la medida no constituye una violación de la Constitución*”.

dieron aviso a la autoridad de la realización de una manifestación pública y aquélla deniega la realización del acto sin dar alternativas “relativas al lugar, a la hora o al modo de realización”, según procedía de acuerdo a la normativa que regula el ejercicio del derecho de reunión. Siguiendo las exigencias del test, aunque sin detenerse en el peso o disvalor de un interés versus el contrapuesto, el fallo afirmó que para “*preservar el orden público*” (fin constitucionalmente lícito) resultaba imprescindible la “*prohibición total*” del derecho de reunión, fundado en que las “*medidas alternativas hubieran resultado infructuosas*” (exigencia de necesidad), pues “*toda propuesta de modificación del lugar o la hora hubiera desvirtuado el objetivo perseguido*”⁴⁶ por los promotores de la reunión.

La tercera derivada en la construcción jurídica de Alexy consiste en la formulación del test de proporcionalidad en clave optimizadora, ya que la última exigencia de éste —la ley de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto— consiste en determinar “*si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro*”⁴⁷ de un modo similar como también lo ha entendido la jurisprudencia del TC alemán, como ha podido observarse en algunos de los casos expuestos.

A esta modalidad del estándar ya hemos señalado que adhiere buena parte de la doctrina continental europea, así como algunos autores en nuestro país, todos quienes conciben el estándar como un criterio en virtud del cual los actos regulatorios de los poderes públicos —leyes y/o actos administrativos— que intervienen limitativamente en la esfera de los derechos fundamentales deben someterse a un examen estructurado por tres o cuatro reglas o subprincipios, con el fin de conciliar las potestades públicas ejercidas para satisfacer el bien común con el respeto al ejercicio de los derechos. Esta tensión entre interés público y derechos ha de afrontarse mediante el balanceo optimizador. Esta regla optimizadora es aplicada, con matices, por varias Cortes Constitucionales del Derecho Europeo continental⁴⁸ (e incluso de Europa

⁴⁶ *Begoña Sánchez Espinosa v. Dirección General de Seguridad Ciudadana de Barcelona* (2009), STCE, fundamento jurídico 5º (por todas).

⁴⁷ Para ALEXY (2009), p. 9: “*La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatare el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro*”.

⁴⁸ Respecto de España, véase PERELLO DOMENECH (1997), pp. 70 y ss.; BERNAL (2003), pp. 36 y ss.; PEREIRA (2004), pp. 1047-1054, y RUIZ y DE LA TORRE (2011), pp. 42 y ss. Para un recuento comparativo de Europa continental, EMILIOU (1996).

Central y del Este⁴⁹), como asimismo por su progenie jurídica en México⁵⁰ y algunos países de Sudamérica, como Perú⁵¹, Colombia⁵² y Brasil⁵³.

Con todo, creemos que el planteamiento del autor alemán tiene, al menos en tres aspectos, un alcance bastante mayor al que suele atribuírsele a partir de sus fundamentos estructurales. El primero dice relación con la noción de derecho fundamental (principios sujetos a optimización con otros principios). El segundo, con la teoría del peso, y el tercero, con la premisa subyacente de que el interés público prevalece sobre el interés privado. Veremos cuál podría ser el resultado lógico de estos supuestos.

Dado que los derechos fundamentales se identifican con intereses –colectivos o individuales (“privados” y “públicos” se diría en lenguaje contemporáneo)– y los invocados por el Estado suelen identificarse con los primeros, aunque Alexy afirme que “*los principios tienen el mismo peso*” *in abstracto*, pareciera que el autor avanza un paso más adelante en una dirección más bien colectivista, cuando reconoce que los derechos fundamentales pueden, en el contexto de la ponderación balanceadora, ser legítimamente *eliminados* “*en aras de bienes colectivos*”⁵⁴. Este resultado es del todo coherente con la proporcionalidad sustentada bajo la lógica de un procedimiento de optimización racional del bien común, donde los derechos son vistos como un interés más del conjunto, disponible, por tanto, dentro de un balanceo de intereses contrapuestos cuyo desenlace se dirime sobre la base de un ejercicio de costo-beneficio.

Si junto a lo anterior se añade la pretensión de hacer extensivo, a la relación entre derechos y bien común, el principio de orden social que sostiene que lo general prima por sobre lo particular –como si los derechos no fuesen parte del mismo bien común o asumiendo una contraposición ontológica entre ambos–, en tal ecuación los derechos, como valores intercambiables, llevan todas las de

⁴⁹ SADURSKI (2008), pp. 266-276.

⁵⁰ SÁNCHEZ GIL, Rubén (2009), pp. 471-489.

⁵¹ BURGA (2012), pp. 253-267.

⁵² ARAUJO (2006), pp. 853-877, y CONESA (2010), pp. 351-377, este último en el ámbito de la igualdad.

⁵³ BENVINDO (2010), pp. 83-131, concluyendo (p. 131) que en Brasil “*el balanceo pasó a constituir un elemento del principio de proporcionalidad, de un modo similar a lo que ocurrió en Alemania*”.

⁵⁴ ALEXY (1994), p. 207. Tampoco adherimos a DWORKIN (1985), p. 350, quien afirma que “*los derechos deberían ser respetados aun cuando su ejercicio le hiciera a la comunidad estar peor*”. Como dije en COVARRUBIAS (2102a), p. 468, tal predicamento equivaldría a “*sostener que las políticas públicas (policies) que persiguen el bien común no podrían siquiera afectar a los derechos fundamentales, debiendo estos permanecer prácticamente intocados*”, lo que representa otro extremo, aunque de corte individualista.

perder frente a otros intereses, igualmente sujetos a optimización, pero que apriorísticamente suelen asociarse a un bien superior: aquellos invocados por el Estado como de interés público.

En fin, bajo la estructura Alexiana, aunque los principios tengan en teoría el mismo peso o valor, las consecuencias lógicas de las premisas en juego –derechos como intereses optimizables y contraposición entre lo particular (como derecho) y lo general (como interés público)– contribuyen a una eventual derrota de los primeros en nombre de un presumido interés público, si se estima que éste goza de un considerable “peso” o “valor” que termina sobreponiéndose al derecho en juego⁵⁵.

Consecuencialmente, bajo esta noción no existen derechos humanos inviolables: para saber si un derecho ha sido vulnerado, habrá que esperar el resultado de la operación ponderativa. Podrá llegarse a un resultado que sería *formalmente* proporcional aunque *materialmente* liquide al derecho puesto en la balanza. De este modo, el Derecho ha dejado de brindar respuestas categóricas en el ámbito de los derechos fundamentales.

Esto es clave para entender que para la noción Alexiana de la proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos (al menos en su versión fuerte) resulta incompatible con el test, pues para el autor alemán aquéllos no son sino un elemento disponible (*principios*) dentro de todos aquellos que debe tomarse en consideración para una optimización racional del bien común. Lo dice el mismo Alexy al reconocer que “*la convicción de que debe haber derechos que aún en las más extremas circunstancias no sean sobrepasados (...) no puede ser sostenido en el derecho constitucional*”⁵⁶.

Por último, sólo cabe consignar que para Alexy y sus seguidores el test de proporcionalidad es de aplicación universal⁵⁷ y su cumplimiento escalonado de exigencias constituye un requisito esencial para su validez constitucional.

B) Una particularidad de la noción de proporcionalidad asumida por el TEDH: el rechazo a la regla optimizadora

La doctrina emanada del Tribunal de Estrasburgo parece representar, en lo que a la última exigencia del test se refiere, una excepción en el contexto

⁵⁵ BIDART CAMPOS (1984), p. 107. Ya decía el autor que si la medida de lo proporcionado (lo justo) se encuentra determinada por un resultado en el que los beneficios buscados por la medida de intervención del derecho fundamental compensen los costos padecidos por éste, a mayores beneficios observados tanto mayor será el grado de intensidad en la restrictividad del derecho afectado.

⁵⁶ ALEXY (2002), p. 196.

⁵⁷ ALEXY (2002b), pp. 13-64. En el mismo sentido, BEATTY, David M. (2004), p. 162, y KUMM, (2010), p. 144.

europeo continental, ya que si bien su jurisprudencia ha sido desde hace varios años uniforme en observar la proporcionalidad como un estándar de general aplicación⁵⁸, la formulación adoptada por dicho organismo no contempla la *proporcionalidad en sentido estricto* bajo una aproximación optimizadora. Más aún: el TEDH ha sido habitualmente consistente en excluir la aplicación de dicha regla⁵⁹ utilitarista⁶⁰, por lo que en este aspecto no opera la influencia alemana en la adopción del test⁶¹. La exclusión de la regla optimizadora también sería extensible, en materias regulatorias económicas, a las decisiones generalmente pronunciadas por la Corte Europea de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Luxemburgo)⁶².

En efecto, la noción pacíficamente adoptada por el Tribunal de Estrasburgo desde *Handyside* (1979) ha sido formulada en los siguientes términos en cualquier caso que el TEDH ha constatado una limitación a alguno de los derechos garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos: en primer lugar, se “*verifica si esa limitación está prevista en la Ley* (*‘in accordance with the law’, ‘prévvue par la loi’*); *seguidamente comprueba si está justificada en la consecución de alguno de los fines legítimos; y, finalmente, examina si la limitación*

⁵⁸ Particularmente desde los casos *Handyside v. United Kingdom* (1976) y *Sunday Times v. United Kingdom* (1979). A partir de *Conka v. Belgium* (2002) se ha ido perfilando como un “principio general” contenido en la Convención.

⁵⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ NIETO (2009), pp. 213 y ss. Del recuento jurisprudencial expuesto por la autora se desprende cómo el criterio adoptado por el TEDH dista bastante de asemejarse a una optimización de intereses.

⁶⁰ Nos referimos al utilitarismo en su vertiente consecuencialista. Para esta concepción no hay bienes o derechos cuya transgresión sería intrínsecamente mala, ya que para saberlo habría que calcular o ponderar los efectos buenos y malos que de tales acciones se seguirían, en cada caso. Un típico caso consecuencialista es fundar la legitimidad de la pena de muerte en estudios que demuestren que su establecimiento se traduciría en un beneficio social, por ejemplo, una notable disminución de la tasa de homicidios. El ejemplo lo admite POSNER (1979), pp. 103-140.

⁶¹ CHRISTOFFERSEN (2009), p. 32, citando a autores alemanes ha sido categórico: “*El principio de proporcionalidad admitido bajo el TEDH no se corresponde con el del Derecho alemán*”. En el mismo sentido STEIN (2005), pp. 729-731.

⁶² En algunos casos relevantes –v. gr., Corte Europea de Justicia, C-331/88 de 8 de marzo de 1990– se ha aplicado un test que en conjunto con las otras exigencias dispone que “*las desventajas causadas no deben ser desproporcionadas respecto de los objetivos perseguidos*”, párr. 13. ARANCIBIA (2011), pp. 142-150 y la jurisprudencia allí citada, ha mostrado que la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo exhibe una línea en que las limitaciones a la actividad comercial no pueden vulnerar la esencia de los derechos de propiedad y, en caso alguno, pueden imponer restricciones equivalentes a prohibir una industria lícita o a privar del derecho a ejercer una determinada actividad económica, p. 145. Con todo, HARBO (2010), pp. 160 y ss., sostiene que la aplicación del test por esta jurisdicción revela que “no tiene un contenido claro ni sustantivamente inamovible”.

del derecho ‘era necesaria en una sociedad democrática’ para la satisfacción de los fines perseguidos”⁶³.

La nomenclatura expuesta es la que la Convención Europea de Derechos Humanos (asimismo, “CEHD” o “Convención”) utiliza con ocasión de aquellos derechos –vida privada, libertad de expresión, libertad religiosa y libertad de reunión y asociación– que admiten limitaciones conforme al aludido texto. Éste exige que cualquier “injerencia”, “restricción”, “requisito”, “formalidad” o “condición” impuesta al ejercicio de alguno de los derechos consagrados en los artículos 8 a 11 de la CEHD deben estar “previstas por la ley y constituir medidas necesarias, en una sociedad democrática, para” la consecución de las distintas finalidades legítimas reconocidas (“seguridad nacional”, “defensa del orden y la prevención del delito”, “protección de la salud o de la moral” y “la imparcialidad del tribunal”, entre otras), según sea el caso para cada uno de tales derechos.

Aunque el texto de la Convención sólo se refiere explícitamente a la “legalidad” y “necesidad” que toda medida restrictiva de derechos ha de satisfacer para la consecución de ciertos objetivos de interés general o público⁶⁴, el Tribunal de Estrasburgo ha discernido que la relación de los medios indispensables (las medidas adoptadas) sean *proporcionados* a los fines legítimos (orden público, seguridad nacional, salud pública, etc.⁶⁵) perseguidos por la autoridad. Así se ha sostenido invariablemente desde *Handyside* (1976).

Desde el citado caso, el Tribunal de Estrasburgo ha precisado que una injerencia en los derechos es “necesaria en una sociedad democrática” cuando concurre

⁶³ FASSBENDER (1998), p. 55, refiriéndose al caso *Handyside* (1976).

⁶⁴ Todos los derechos reconocidos por los artículos 8 a 11 de la Convención –esfera privada, libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión y libertad de reunión y de asociación– admiten, en el párrafo segundo de la respectiva disposición, un límite fundado en el bien común o interés general, vinculado a los concretos fines permitidos en cada uno de los referidos derechos fundamentales, como se observa en la nota al pie siguiente.

⁶⁵ Así, en la Convención, el derecho a la vida privada admite la limitación con motivo de la “seguridad nacional” (art. 8.2); la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconoce restricciones por causa de la “seguridad pública” y “la protección del orden, de la salud o de la moral pública” (art. 9.2); el ejercicio de la libertad de expresión puede restringirse fundado en “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial” (art. 10.2). Por último, la libertad de reunión y de asociación permite intervenciones para preservar “la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos” (art. 11.2).

una “*urgente necesidad social*”⁶⁶ (*pressing social need*) o “*si la relación entre el fin promovido y las medidas adoptadas es proporcionada*”⁶⁷. Se ha suplementado así una tercera exigencia al test afirmando que tratándose de derechos de la mayor relevancia –como la libertad de expresión en este caso– cualquier “formalidad”, “condición”, “restricción” o “sanción” impuesta en su esfera de ejercicio “*deben ser proporcionales al fin legítimo perseguido*”⁶⁸. Esto, a pesar de que el texto de la CEHD no contiene oración alguna que sea similar a la formulada a partir de *Handyside* (1976)⁶⁹.

Lo afirmado entonces ha sido reiterado por el TEDH⁷⁰, especialmente tratándose de casos de restricción a la libertad de expresión⁷¹, al punto que algunos han estimado que el aludido complemento configura una exigencia adicional al test de proporcionalidad⁷². Incluso el Tribunal ha acudido a este estándar tratándose de aquellos derechos que no admiten ninguna limitación según la Convención, como sucede en los artículos 4 (prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados), 6.1 (derecho a un tribunal imparcial), 12 (derecho a contraer matrimonio), 14 (prohibición de discriminación), casos en los que la proporcionalidad se ha aplicado en el contexto del reconocimiento a los Estados contratantes a un amplio o estrecho “margen de apreciación”, según sea el caso, para dictar sus políticas

⁶⁶ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 5493/72 de 7 de diciembre de 1976, párr. 48.

⁶⁷ ŠUŠNJAR (2010), p. 89, quien advierte que esta “necesidad” no debe confundirse con la exigencia del “medio menos restrictivo” que puede encontrarse en la doctrina de la Corte Suprema norteamericana ni tampoco con la *necesidad* o *necesariedad* de la variante alemana del test.

⁶⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 5493/72 de 7 de diciembre de 1976, párr. 49.

⁶⁹ Únicamente, el art. 15.1 de la CEDH dispone de una redacción que ha contribuido a que el TEDH aplique el test de proporcionalidad. Este precepto, en lo pertinente, afirma que “*En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquiera Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio, en la estricta medida en que lo exija la situación (...)*” (lo subrayado es nuestro).

⁷⁰ En Tribunal Europeo de Derechos Humanos asunto 6538/74 de 26 de abril de 1979, párrs. 62 y 67; asuntos 9214/80, 9473/81 y 9474/81 de 28 de mayo de 1985; asunto 9815/82 de 8 de julio de 1986, párr. 40 (aunque no lo aplica). A partir de *Conka v. Belgium* (2002) se ha ido perfilando como un “principio general” contenido en la Convención.

⁷¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos asunto 7525/76 de 22 de octubre de 1981, párr. 53.

⁷² Según FERNÁNDEZ (2009), pp. 216 y ss., para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las injerencias estatales en los derechos fundamentales compatibles con la Convención Europea de Derechos deben ser (a) previstas en la ley, (b) necesarias en una sociedad democrática para conseguir un fin legítimo y (c) “*que los límites sean proporcionales con relación al fin legítimo perseguido*”, p. 216.

públicas y aplicar las medidas que las promuevan en relación con la afectación de los derechos de la Convención.

De este modo, y junto con reiterar la formulación de este estándar, el Tribunal de Estrasburgo se ha comprometido en muchos de sus pronunciamientos con hacer operativa especialmente la proporcionalidad en aquel requisito que exige la debida correspondencia entre el medio escogido y el fin legítimo buscado. En otras ocasiones, en cambio, ha acudido a algún tipo más amplio de exigencia de “*fair balance*” (justo equilibrio) entre dos derechos o entre el individuo y la comunidad, sin acudir necesariamente a la proporcionalidad balanceadora⁷³. Esto, sin perjuicio de otros casos relevantes en que el resultado se ha zanjado en si los motivos invocados por la autoridad para interferir un derecho se encontraban justificados en las legítimas finalidades de la CEHD⁷⁴.

Para ilustrar el primer aspecto recién señalado –proporcionalidad entre el medio y el fin– en *Van der Mussele* (1984) se sostuvo que si bien el reclamante no había recibido pago ni reembolso alguno por el trabajo efectuado, lo que indudablemente le causó un perjuicio, aquél “*no padeció una carga desproporcionada de trabajo impuesta y el monto de los gastos directamente ocasionados (...) era relativamente pequeño*”⁷⁵, por lo que no pudo concluirse que había sido sometido a un trabajo forzado. En *McCann* (1996) se examinó derechamente “*si la fuerza [letal] utilizada por los soldados fue estrictamente proporcional a la finalidad de proteger a*

⁷³ En Tribunal Europeo de Derechos Humanos asuntos 7151/75, 7152/75 de 23 de septiembre de 1982, párrs. 69, 73; asunto 10873/84 de 7 de julio de 1989, párr. 59; asunto 13616/88 de 22 de septiembre de 1994, párrs. 45-49; asuntos 13092/87, 13984/88 de 9 de diciembre de 1994, párr. 70; asunto 18465/91 de 5 de mayo de 1995, párr. 29. En Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 59320/00 de 24 de septiembre de 2004, párr. 77, se falló que la judicatura alemana no había efectuado un “*fair balance*” entre la intimidad de Carolina de Mónaco y el derecho a la información, ya que no había interés público en “*saber dónde la reclamante está y en cómo se comporta habitualmente en su vida privada, incluso cuando ella aparece en lugares que no podrían ser siempre descritos como reservados y a pesar de ser ella muy conocida*”. Se agregó en párr. 76 que “*el factor decisivo para ponderar la protección entre la vida privada y la libertad de expresión radica en la contribución que las fotos y artículos publicados hacen a un debate de interés público. Es claro que en este caso ellos no hicieron dicha contribución ya que los reclamantes no ejercían ninguna función oficial y las fotos y artículos se referían exclusivamente a detalles de su vida privada*” (la negrita es nuestra).

⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 17419/90 de 25 de noviembre de 1996, párr. 65, que afirmó que “*las autoridades nacionales estaban legitimadas para estimar que la medida impugnada [la prohibición para distribuir una película] se justificaba por ser necesaria en una sociedad democrática dentro del alcance del inciso segundo del artículo 10*” de la Convención [en este caso, especialmente “*la protección de (...) los derechos de otros*”].

⁷⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 8919/80 de 23 de noviembre de 1983, párr. 40.

la población contra la violencia terrorista”⁷⁶, determinándose que la muerte de tres terroristas no configuró un uso de la fuerza “absolutamente necesario”, según el art. 2.2 de la Convención.

Lo recién exhibido también ha tenido lugar tratándose de otros derechos, v. gr., a una audiencia pública en tiempo razonable, ante un tribunal imparcial, así como respecto del derecho de propiedad. En el primer caso –*Ashingdane* (1985)– el TEDH afirmó que los límites al ejercicio de tal derecho deben admitir un margen de apreciación de las autoridades locales para regular el derecho, aunque “*en caso alguno las limitaciones impuestas deben restringir o reducir el acceso garantizado de un modo tal o al punto de impedir el contenido esencial del derecho*”⁷⁷, agregando que una regulación no es compatible con este derecho cuando “no hay una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. Respecto del derecho de propiedad, en *Lithgow* (1986) se entendió que las interferencias en su ejercicio debían “no sólo perseguir una legítima finalidad en el interés público sino también debía existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”⁷⁸.

En *The former King of Greece* (2000) se sostuvo que aunque la finalidad perseguida por la autoridad era legítima, al promover el interés público, el medio adoptado –la privación de la propiedad sin compensación– resultaba desproporcionado: “*La falta de una compensación por la privación de la propiedad del reclamante amaga, en detrimento de éste, el justo equilibrio entre la protección de la propiedad y las exigencias del interés público*”⁷⁹. Esta tendencia de brindar una importancia crucial al examen de la proporcionalidad de la interferencia en el derecho afectado ha perdurado en casos posteriores⁸⁰.

⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 18984/91 de 27 de septiembre de 1995, párr. 194. El Tribunal agregó en el mismo párrafo que debía examinarse “*también si la operación antiterrorista fue planificada y controlada por las autoridades a fin de reducir, en la mayor medida posible, el empleo de la fuerza letal*”.

⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 8225/78 de 28 de mayo de 1985, párr. 57.

⁷⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asuntos 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81 de 24 de junio de 1986, párr. 120. En Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asuntos 7151/75, 7152/75 de 23 de septiembre de 1982, párr. 3: “El Tribunal debe velar no sólo por la legalidad de las medidas examinadas bajo la ley Sueca sino también que ellas no sean inconsistentes con el legítimo propósito de someter el uso de la propiedad al interés general”. Esto, en el voto separado de 8 magistrados en una causa que quedó pendiente para más adelante

⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 25701/94 de 23 de noviembre de 2000, párr. 99.

⁸⁰ A modo ilustrativo: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 17488/90 de 27 de marzo de 1996; 29183/95 de 21 de enero de 1999; 66354/01 de 19 de octubre de 2006; 40016/98 de 24 de octubre de 2003, párr. 41, en que se afirmó que “*en aquellos casos donde el margen de apreciación brindado a los Estados*

En todos los casos revisados y citados, la doctrina subyacente es que el acto legislativo o medida gubernamental que produzca una carga o daño desmesurado o una afectación excesiva en el ejercicio del derecho del reclamante deviene en desproporcionado aunque persiga una indubitada finalidad legítima. Se advierte así una diferencia crucial con la noción optimizadora prevalente en Alemania y en otros países de Europa continental. En primer lugar, la fórmula adoptada por el TEDH no admite, terminológicamente, ningún balanceo que pueda asimilarse a la modalidad optimizadora. Y, en segundo término, la modalidad efectivamente utilizada por el Tribunal de Estrasburgo ha rechazado impulsar un ejercicio ponderativo que justifique vulnerar un derecho bajo el expediente de estimar que el sacrificio o costo padecido por el reclamante es menor que el beneficio irrogado a la sociedad por la medida que lo afectaba (o viceversa).

Más todavía: en algunos casos como los arriba citados se afirmó el concepto de que ningún interés público buscado por la autoridad justifica privar al afectado de su derecho o irrogarle un daño excesivo, por muy legítima que sea la finalidad que la autoridad pretenda promover, doctrina ésta que ciertamente dificulta un escenario en el cual un estándar como el balanceo optimizador pueda tener éxito⁸¹.

A este mismo resultado de impedir privaciones y sacrificios de los derechos en nombre del bien común se ha llegado en algunas ocasiones por la vía del reconocimiento del *contenido esencial* de los derechos o del *carácter absoluto* de ciertas garantías por parte del TEDH. En cuanto a los derechos inviolables absolutamente, está el ejemplo de *Selmounic v. France* (1999), donde derechamente le bastó al Tribunal de Estrasburgo acreditar la comisión de hechos constitutivos de tortura o de tratos degradantes por parte de la policía sin admitir ninguna consideración de proporcionalidad, como tampoco ponderación alguna con otros bienes jurídicos

es estrecho (...) el principio de proporcionalidad no exige simplemente que la medida adoptada sea en principio idónea para satisfacer el fin buscado. Además, debe evidenciarse que dicha medida era necesaria a fin de obtener aquella finalidad de excluir determinadas categorías de personas –en este caso, personas que viven en una relación homosexual⁸, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 32189/96 de 17 de julio de 2003, párr. 78, donde se dijo que si bien la intervención en la correspondencia respondía a un fin legítimo, “la duración de los procedimientos de este modo amagan el equilibrio que debía lograrse entre el interés general en asegurar el pago de los acreedores en quiebra y el interés personal del reclamante respecto de su correspondencia. La interferencia en el derecho del reclamante fue desproporcionada al fin perseguido”.

⁸¹ Por ejemplo, en *Lautsi v. Italy* (2010) el TEDH no acudió a la proporcionalidad. Sólo el juez Rozakis exhibe en su voto concurrente un razonamiento en términos optimizadores: afirma que “se encuentra el derecho de la sociedad, reflejado en las medidas de la autoridad para mantener los crucifijos en las paredes de las escuelas públicas, manifestando su creencia religiosa (mayoritaria)”, luego de lo cual se pregunta: “¿Supera este derecho, en estas circunstancias, el derecho de los padres a educar a sus hijos según su religión y (...) sus convicciones filosóficas?”, p. 35.

en juego, “*ni siquiera en el evento de una emergencia pública que pudiera amenazar la vida de la nación*”⁸², como podría invocarse en el contexto de la lucha antiterrorista.

La salvaguarda al núcleo o contenido esencial de los derechos como barrera infranqueable a las legítimas intervenciones al ejercicio de éstos ha sido excepcionalmente constatada en algunas materias –vida privada, libertad religiosa y de asociación, derecho al matrimonio, entre otras⁸³– en las cuales grados intensos de vulneración se han equiparado a un resultado desproporcionado o, lo mismo, a “*una vulneración extrema*”⁸⁴ del derecho sujeto a intervención gubernativa, respaldando así la idea de que hay ciertas fronteras que son categóricas para la autoridad, por lo que el contenido medular de los derechos no queda sujeto a ninguna especie de ponderación balanceadora.

En sentido análogo, *Christoffersen* afirma que la doctrina del núcleo esencial de los derechos se encuentra implícitamente reconocida por el TEDH en términos absolutos al producirse una “*sobreposición entre derechos relativos y derechos absolutos*”, situaciones en las cuales “*ciertos aspectos de derechos relativos pueden recibir protección bajo un derecho absoluto y [cuando] derechos relativos incluyen un contenido medular absoluto que no se encuentra sujeto a limitación en ninguna circunstancia*”⁸⁵. Un ejemplo es la intimidad, que siendo un derecho no absoluto, en ocasiones comprende aspectos sensibles (“contenido medular absoluto”) que no pueden quedar sujetos a ninguna limitación ulterior o a una ponderación balanceadora⁸⁶.

C) *La renuencia a la regla optimizadora por parte del Derecho británico: la noción garantista del test*

La segunda modalidad del test, denominada *garantista de derechos*, y más afín a la noción asumida por el TEDH, dice relación con aquella versión de la

⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto 25803/94 de 29 de julio de 1999, párr. 95, citando en este punto al caso asunto 5310/71 de 18 de enero de 1978, párr. 163, entre otros casos.

⁸³ RIVERS (2006), pp. 184-187. Entre varios casos, el autor subraya *Brand v. Países Bajos* (1999), en que el TEDH estimó que la vulneración del núcleo esencial del derecho a la libertad personal era equivalente a un resultado “desproporcionado”, con prescindencia del balanceo.

⁸⁴ RIVERS (2006), p. 184.

⁸⁵ CHRISTOFFERSEN (2009), p. 157.

⁸⁶ COVARRUBIAS (2012b), pp. 499-541, donde subrayó casos resueltos por el Consejo para la Transparencia en que se reconoce a los datos sensibles como aspectos no susceptibles de ponderación entre la intimidad y el acceso a la información pública.

proporcionalidad que ha operado especialmente a partir de las sentencias dictadas por la Cámara de los Lores desde que el Parlamento inglés aprobó, en 1998, el *Human Rights Act*, en cuya virtud el Derecho británico asumió la obligación de conformarse con el Derecho de la Unión Europea a partir del año 2000⁸⁷. Con anterioridad, la proporcionalidad, como estándar de adjudicación, gozó de una creciente influencia en el Derecho británico, aunque dicho influjo siempre estuvo supeditado a la variable vigencia de la razonabilidad⁸⁸, aquel criterio clásico de revisión judicial, también conocido desde 1948 como *Wednesbury test*⁸⁹.

Atendido lo dicho, la recepción jurisprudencial es clave en el caso inglés, ya que la mayoría de los autores comenzaron a perfilar sus matices sobre la proporcionalidad recién a partir de un pronunciamiento judicial del *Privy Council*⁹⁰ en *De Freitas* (1999)⁹¹, momento en que se adoptan por vez primera los rasgos fundamentales de la fórmula definitiva de la modalidad británica del test. Aquí se sentó un criterio copulativo de tres requisitos para determinar si la limitación impuesta por una ley o acto de autoridad es excesiva o arbitraria: primero, “*que el objetivo legislativo persiga un objetivo suficientemente relevante como para justificar la limitación a un derecho fundamental*”; segundo, “*que las medidas dispuestas para alcanzar dicho objetivo estén racionalmente vinculadas con éste*” y, tercero, “*que los*

⁸⁷ El *Human Rights Act* entró en vigor el 2 de octubre del 2000. La disposición clave para los efectos del ámbito de aplicación es el art. 6 (1) que expresa: “*Le está prohibido a la autoridad pública actuar de un modo que no sea compatible con un derecho de la Convención*”, refiriéndose por ésta a la *Convención Europea de Derechos Humanos*, aprobada por el Tratado de Roma (1950), instrumento pivotal del Derecho de la Unión Europea. Para una consulta más amplia, *vid.* CLAYTON y TOMLINSON (2000); WADE y FORSYTH (2004), pp. 161-209, y ARANCIBIA (2011), pp. 133-215.

⁸⁸ Como lo exhibe COHN (2010), p. 618, previo a la entrada en vigor del *Human Rights Act* (2000) “*nunca se adoptó*” el test de proporcionalidad, “*aunque, entonces, su influencia indirecta es evidente*”. JOWELL (1996), pp. 401-411, y DE BÚRCA (1997), pp. 573-577, explican la centralidad de la razonabilidad como condición para comprender la proporcionalidad inglesa.

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, 1 K.B. 223 de 10 de noviembre de 1947: “[S]i la decisión en un asunto de su competencia es tan irracional que ninguna autoridad razonable podría haberla adoptado, los tribunales pueden intervenir” (párr. 230). Añade lord Greene que se actúa sin razonabilidad si adopta una decisión “*tan absurda que ninguna persona razonable podría siquiera soñar que ella es admisible dentro de las potestades de la autoridad*”. Se “*dio el ejemplo de la profesora pelirroja, despedida debido a su color de pelo*” (párr. 229).

⁹⁰ El nombre oficial es el “Comité Judicial del Consejo Privado” de la Corona y corresponde al tribunal de última instancia de apelación para los territorios (a) británicos de ultramar; (b) territorios dependientes de la Corona y (c) aquellos países de la Commonwealth que conservan la apelación al Consejo de su Majestad o al Comité Judicial, en el caso de las repúblicas, en <http://www.jcpc.gov.uk>

⁹¹ Privy Council, [1999] 1 A.C. 69 de 30 de junio de 1998.

*medios escogidos para limitar el derecho sean los estrictamente necesarios para alcanzar el referido objetivo*⁹².

La gran diferencia entre la noción Europea continental y la británica es notoria: *De Freitas* (1999) no contempló, al menos explícitamente, la regla de *ponderación* o *proporcionalidad en sentido estricto*⁹³ del modo en que se le entiende mayoritariamente conforme a la noción optimizadora. Los grandes rasgos de esta recepción no sólo han sido seguidos por sucesivos pronunciamientos de la Cámara de los Lores o del *Privy Council*⁹⁴ (asimismo, “máximas instancias judiciales inglesas”), sino que también han sido corroborados por renombrados autores británicos. *Hickman* ha dicho que la proporcionalidad ha sido aplicada por los tribunales ingleses “*de un modo relativamente especial*”⁹⁵. Uno de los aspectos particulares que veremos, entre otros, es el rechazo a la regla optimizadora.

El profesor *Paul Craig* se refiere al último requisito del criterio, que suele conocerse como “*minimal impairment or least injurious means*” (similar a la exigencia de *necesidad*), como una regla que tiene por objeto impedir que la regulación bajo examen imponga “*cargas excesivas en el individuo*”, a diferencia del modo continental, que lo ve como una exigencia de optimización de intereses entre derechos y objetivos públicos⁹⁶. En una línea análoga, *Clayton y Tomlinson* afirman que el último requisito del estándar debe estructurar una exigencia que evite la “desproporción”, en el sentido de impedir que la medida adoptada por la autoridad pueda generar “*cargas o daños excesivos*”⁹⁷. *Wade and Forsyth* agregan que en el Derecho británico la proporcionalidad “*exige a la corte juzgar si la medida adoptada era necesaria como asimismo si se encontraba dentro del rango de cursos de acción que podían razonablemente ser seguidos*” —expresando un énfasis del aludido criterio en concordancia con las exigencias de idoneidad y de necesidad⁹⁸—. *Lester*

⁹² Privy Council, [1999] 1 A.C. 69 de 30 de junio de 1998, párr. 80. Reiterado por lord Steyn en Cámara de los Lores, [2001] 2 A.C. 532 de 23 de mayo de 2001.

⁹³ Algunos jueces —como *lord Steyn* en Cámara de los Lores, [2001] 2 A.C. 532 de 23 de mayo de 2001, p. 547— han procurado incorporar la *proporcionalidad en sentido estricto* bajo el requisito de *necesidad*, aunque estos esfuerzos no logran revertir la tendencia de estructurarlo sin dicha exigencia.

⁹⁴ Lord Bingham, en Cámara de los Lores, [2005] 2 W. L. R. 87 de 8 de diciembre de 2005, p. 106.

⁹⁵ HICKMAN (2007), p. 33.

⁹⁶ CRAIG (2003), p. 662.

⁹⁷ CLAYTON y TOMLINSON (2000), p. 298.

⁹⁸ WADE y FORSYTH (2004), p. 366. En cambio, RIVERS (2006), p. 178, atribuye a éstos una noción de proporcionalidad —“*las medidas administrativas no sean más drásticas que lo estrictamente necesario para obtener*

y Pannick, mientras tanto, observan la aludida regla como un requisito equivalente a una condición de “*justo equilibrio*” (*fair balance*)⁹⁹.

Más allá de los matices existentes entre una y otra posición doctrinaria sobre el test y de la denominación de la última regla, los autores citados coinciden en desterrar de este criterio de adjudicación aquella aproximación optimizadora de intereses asumida por parte del Derecho continental europeo y algunos países de su progenie geográfica. Rivers lo afirma con toda nitidez al expresar que en buena parte de los autores recién citados, “*la proporcionalidad no consiste en optimizar costos y beneficios sino en la eficiente obtención de objetivos [públicos] preexistentes*”¹⁰⁰.

Esta resistencia en seguir la regla utilitarista del test en el Reino Unido ha tenido eco en las máximas instancias judiciales, como se desprende de los votos de los lores cuando configuran la mayoría o disidencia en sus sentencias. Esto se advierte con nitidez en *A v. Secretary of State for the Home Department* (2005)¹⁰¹, en que la mayoría usó la regla de *necesidad* como requisito final del criterio, entendida como una máxima entre la eficiencia de las medidas públicas y el control del exceso que ellas irrogan en los derechos, antes que como una exigencia de optimización entre bienes públicos y derechos.¹⁰² Es revelador lo expresado por los jueces disidentes, quienes sostuvieron que la restricción al debido proceso conllevaría mayores [*large*] costos a los derechos en comparación con los menores [*small*] beneficios que supondría para la seguridad nacional¹⁰³.

Veremos que la reticencia en adoptar la regla optimizadora del test ha sido una constante en las máximas instancias judiciales del Reino Unido luego de la entrada en vigor, el año 2000, del *Human Rights Act*¹⁰⁴. De Freitas (1999) es la primera ocasión en que se formuló el estándar, mientras que Daly (2001) es el

el resultado querido” – que conforme a los mismos autores citados, corresponde “*al Derecho de una cantidad de países europeos*” y no a la proporcionalidad inglesa, como afirma este autor.

⁹⁹ LESTER y PANNICK (2004), p. 89.

¹⁰⁰ RIVERS (2006), pp. 178-179. (Por ambas citas). El autor constata lo señalado como crítica a la noción garantista, pues es partidario del test en su comprensión optimizadora.

¹⁰¹ Cámara de los Lores, [2005] 2 W. L. R. 87 de 8 de diciembre de 2005.

¹⁰² Cámara de los Lores, [2005] 2 W. L. R. 87 de 8 de diciembre de 2005.

¹⁰³ Cámara de los Lores, [2005] 2 W. L. R. 87 de 8 de diciembre de 2005.

¹⁰⁴ Cabe advertir que dicha continuidad de la noción *garantista* del test también hunde sus raíces, antes de *De Freitas*, en la centralidad de los derechos en el criterio de revisión judicial, como puede observarse en COHN (2010) y COVARRUBIAS (2013), pp. 481-492.

segundo hito judicial en el reconocimiento de tal criterio¹⁰⁵. En esta descripción, los pronunciamientos judiciales posteriores admiten dos grandes distinciones¹⁰⁶: primero, están aquellas en que se acude formalmente a la proporcionalidad aunque ésta tiene una incidencia mínima en el análisis y resultado concreto¹⁰⁷. En segundo término, se encuentran aquellos casos en que el aludido test es relevante, con una mayor o menor afinidad con la formulación adoptada tanto en *De Freitas* (1999) como en *Daly* (2001), “tomando en consideración” la modalidad empleada por el Tribunal de Estrasburgo. Nos referiremos enseguida a algunos de ellos.

En *Alconbury* (2003) –acceso a la justicia frente a una planificación urbana–, lord Slynn admite la amplia aplicabilidad del test en el Derecho inglés aunque no le atribuye mayor relevancia en el caso, ya que se habría llegado al mismo resultado de no mediar la proporcionalidad¹⁰⁸. Lord Clyde, que cita el test bajo la fórmula clásica del TEDH¹⁰⁹, lo hace luego de afirmar que el derecho de acceso a la justicia “*no es absoluto*”, como quiera que “*puede ser limitado en la medida que las limitaciones no restrinjan ni reduzcan aquel contenido esencial del derecho afectado*”¹¹⁰. El test tuvo escasa incidencia en dos opiniones y los tres jueces restantes ni siquiera se pronunciaron sobre ella.

En el caso *BBC* (2004), el canal se negó a transmitir el spot de una campaña pro vida, lo que llevó a discutir la libertad de expresión versus el deber, legalmente establecido, de la estación de TV de proteger al público de imágenes que podrían ofender su sensibilidad. El protagonismo de la proporcionalidad se vio incentivado desde que en las instancias previas se invocó como uno de los argumentos decisi-

¹⁰⁵ Cámara de los Lores, (2001) 2 A.C. 532 de 23 de mayo de 2001, párr. 547, donde se cita la fórmula de tres exigencias estructurada en *De Freitas* (1999).

¹⁰⁶ Esta clasificación sigue a grandes rasgos la empleada por COHN (2010), p. 622. Sin embargo, la aludida autora centra su énfasis en la cercanía o lejanía del estándar adoptado por el TEDH, sin referirse mayormente a la centralidad de los derechos ni a la exclusión de la regla optimizadora por parte de la judicatura británica en los casos que emplea la proporcionalidad.

¹⁰⁷ Cámara de los Lores, (2006) 2 A.C. 465 de 8 de marzo de 2006.

¹⁰⁸ Cámara de los Lores, (2003) 2 A.C. 295 de 9 de mayo de 2001, párr. 55. Aunque reconoce que el test haría “el caso más fundamentado”.

¹⁰⁹ Cámara de los Lores, (2003) 2 A.C. 295 de 9 de mayo de 2001, párr. 159: “(...) *la limitación [al derecho] debe perseguir un propósito legítimo y la relación entre los medios escogidos y el propósito a obtener debe ser razonablemente proporcionado*”.

¹¹⁰ Cámara de los Lores, (2003) 2 A.C. 295 de 9 de mayo de 2001, párr. 159. En este punto se tuvo como referencia el párr. 72 de la sentencia *Tinnelly & Sons Ltd. v. United Kingdom* (1998), del TEDH.

vos, aunque veremos que su empleo fue descartado. Lord Nicholls estimó que el balanceo efectuado por la instancia judicial previa ya había sido realizado por el órgano legislativo, toda vez que “*El Parlamento ha decidido dónde la ponderación debería ser llevada a cabo*”¹¹¹ y ésta consiste en hacer prevalecer la protección del público de no ser indebidamente afligido en sus hogares por sobre la libertad de expresión, siempre que la prohibición del material ofensivo se haga extensible a todos los programas de televisión, sin distinción. Y eso fue lo que a su juicio hizo el medio de comunicación, esto es, cumplir la ley, por lo que estimó su accionar conforme a Derecho¹¹². Lord Millet adhirió a dicho voto.

Lord Hoffmann concordó con Millet en que la aplicación de la exigencia de *proporcionalidad en estricto sentido* –esto es, “*si el mal social que pretendía evitarse [con la censura] justificaba el grado de vulneración padecido por los derechos de Alliance*”¹¹³– no abordaba adecuadamente las interrogantes que el caso exigía. A su juicio, esto consistía en saber: (a) si los estándares de gusto y decencia eran aplicables en los casos de propaganda política de un partido y (b) si el Canal de Televisión había aplicado adecuadamente dichos estándares¹¹⁴. Ambas preguntas las contestó afirmativamente sin referencia alguna al test¹¹⁵, salvo para rechazar su aplicación al caso. Lord Scott disiente de la mayoría, pero en parte alguna lo hace bajo el estándar de proporcionalidad¹¹⁶. Lord Walker fue el único que abogó por la pertinencia¹¹⁷ del test, pero de aquel formulado en *De Freitas* (1999) y reiterado en *Daly* (2001), enfatizando que es “*más apropiado para la protección de los derechos humanos*”¹¹⁸ que el estándar de la razonabilidad, aunque añade que en caso alguno la proporcionalidad debe mirarse con pretensión de universalidad¹¹⁹.

En *Kay* (2006), lord Hope aborda la compatibilidad entre este caso –trata de la afectación a la vida privada y al hogar frente al desalojo, por la autoridad

¹¹¹ Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párr. 16.

¹¹² Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párr. 16.

¹¹³ Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párr. 50, en que cita el artículo de Andrew Giddis, quien aborda la sentencia en clave de balanceo optimizador.

¹¹⁴ Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párr. 51.

¹¹⁵ Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párrs. 78-81.

¹¹⁶ Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párrs. 83-100.

¹¹⁷ Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párr. 133.

¹¹⁸ Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párr. 134.

¹¹⁹ Cámara de los Lores, (2004) 1 A.C. 185 de 15 de mayo de 2003, párr. 144, donde afirma que “*una formulación simple tipo ‘un remedio sirve para todo’ [one size fits all] sería imposible*”.

local, de los ocupantes precarios de una propiedad— y otro similar resuelto por el TEDH, en que la proporcionalidad fue empleada. La referencia al test se hace en el estricto contexto de un recuento comparativo del caso resuelto por el Tribunal de Estrasburgo, en que se discutió si la medida impugnada —el desalojo— cumplía con el requisito de estar “*justificada por una necesidad social imperiosa o proporcionada al fin legítimo que se buscaba*”¹²⁰. Las reiteradas referencias a la proporcionalidad son incorporadas para subrayar las diferencias entre un caso y otro, por lo que aplica la argumentación del caso europeo al inglés, de manera que poco o nada incide ninguna de las modalidades del test, ni tampoco la versión inglesa, en el resultado del caso.

Los restantes cuatro lores ni siquiera se refirieron a dicho criterio, o bien lo hicieron tangencialmente, salvo la baronesa Hale, quien afirmó que el test empleado por el Tribunal de Estrasburgo no resultaba aplicable donde se ventilaban acciones posesorias, fundamentalmente porque en estos casos el Parlamento ya había “*ponderado el debido balanceo entre los intereses involucrados: aquellos de una persona que ocupa una construcción como su hogar y aquellos del propietario que pretende la devolución de la posesión sobre dicha construcción de conformidad con la ley*”¹²¹.

En *Adoption* (2009) —una pareja no casada reclama la adopción según el artículo 8 (vida privada) y 14 (no discriminación) de la CEHD—, lord Hoffmann sostuvo la ilegitimidad de prohibir a los reclamantes su calidad de padres adoptivos, dejando el pronunciamiento de otros aspectos de la causa al juez de fondo. En su argumentación, la proporcionalidad sólo entró en escena al citar la disidencia de un fallo del TEDH que sostuvo que el Consejo de Estado francés “*había errado en llevar a cabo un juicio sustantivo de proporcionalidad al no haber considerado la situación de las personas involucradas*” y al plantear la colisión de pretensiones de modo “absoluto” y “en términos abstractos”¹²² con prescindencia de las circunstancias del caso, con lo que lord Hoffmann advierte la inconveniencia de plantear el asunto en clave de proporcionalidad ¹²³.

¹²⁰ Cámara de los Lores, (2006) 2 A.C., 465 de 8 de marzo de 2006, párr. 97.

¹²¹ Cámara de los Lores, (2006) 2 A.C., 465 de 8 de marzo de 2006, párr. 182.

¹²² Cámara de los Lores, (2009) 1 A.C. 173 de 18 de junio de 2008, párr. 23 (por todas).

¹²³ La disidencia en el caso *Fretté v. France* (2002) 38 EHRR 438, critica que la mayoría haya planteado la proporcionalidad “*entre los medios empleados —la absoluta prohibición de adopción por padres homosexuales— y el fin perseguido —la protección a los menores—*”, sin referencia a los hechos.

Lord Hope concordó en “*que las cualidades y aptitudes personales para educar niños eran aspectos claves*”¹²⁴ del caso que no podían ser pasados por alto, como había ocurrido en el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin perseguido, llevado a cabo en el caso del TEDH¹²⁵, por lo que también condicionó en abstracto la aplicación del test, aunque en concreto no lo consideró como factor decisivo. Para la baronesa de Richmond como para Lord Mance¹²⁶, el principio de proporcionalidad no tuvo mayor influjo en la sentencia, mientras que para Lord Walker –quien formuló la disidencia– no lo tuvo en modo alguno.

Sin perjuicio de las muchas referencias al test de proporcionalidad, es notorio en los casos expuestos su mínimo impacto en el resultado del juicio. En cambio, en los casos siguientes –el segundo grupo– la utilización del estándar es clave en el razonamiento y resultado de los pronunciamientos judiciales y en ellos cabe destacar que el factor dominante es la consideración acerca de si los actos de autoridad sometidos a escrutinio judicial pueden estimarse vulneraciones desproporcionadas a los derechos en juego.

Así, en *Terroristas sospechosos* (2005), unos extranjeros detenidos por sospecha de terrorismo internacional reclamaron la infracción a los artículos 5 (libertad personal) y 14 (no discriminación) de la CEDH, en contra de la medida de la autoridad británica, que autorizaba una suspensión indefinida de su libertad, actuación que según la legislación interna no era aplicable a ciudadanos británicos. La sentencia –con la sola disidencia de Lord Hoffmann– sostuvo que si bien la respuesta necesaria para proteger la seguridad nacional era materia de discrecionalidad gubernamental, al estar en juego los derechos fundamentales de la Convención los tribunales están obligados a brindarles efectiva protección mediante la adopción de un intenso escrutinio acerca de si tales derechos han sido violados, “*sin excluir bajo ninguna doctrina de la deferencia, la procedencia de un examen de la proporcionalidad de la medida adoptada para limitar el derecho afectado*”¹²⁷, que aquí era la libertad personal.

El gobierno invoca, además, el artículo 15 de la CEHD, que dispone que las medidas adoptadas bajo un estado de derogación temporal de las obligaciones de los Estados miembros no pueden ir más allá de “*lo estrictamente requerido*

¹²⁴ Cámara de los Lores, (2009) 1 A.C. 173 de 18 de junio de 2008, párr. 53.

¹²⁵ El caso citado es *EB 47 EHRR 509*, párr. 95.

¹²⁶ Cámara de los Lores, (2009) 1 A.C. 173 de 18 de junio de 2008, párr. 138.

¹²⁷ Cámara de los Lores, (2005) 2 A.C. 68 de 8 de diciembre de 2005.

por las exigencias de la situación”¹²⁸. En una sección especial sobre el test, lord Bingham dice que dada la exigencia del artículo 15 de la Convención –recién citado- es necesario aplicar el aludido estándar. Recuerda que el argumento central de los reclamantes fue afirmar que la legislación inglesa no satisfacía el segundo requisito del criterio adoptado en *De Freitas* (1999), esto es, la exigencia de idoneidad entre la medida y el objetivo legítimo de “proteger a los británicos contra el riesgo del terrorismo catastrófico de Al-Qaeda”. Y añade: “(...) la ley del 2001 no fue diseñada para alcanzar tal objetivo y [tampoco] se encontraba racionalmente vinculada con él. Más aún, la finalidad legislativa podría haber sido lograda por medios que no, o al menos no en grado severo, restrinjan el derecho fundamental a la libertad personal”¹²⁹.

Lord Bingham se hace cargo del argumento esgrimido por la autoridad en cuanto a combatir la amenaza terrorista citando variada jurisprudencia interna y del TEDH, entre la que cabe destacar el caso *Kebilene* (2000): afirma que no es procedente el balanceo “cuando un derecho está formulado en términos que son absolutos”, reconociendo paralelamente que es más fácil aplicarlo “cuando el asunto involucra cuestiones de política social o económica antes que en aquellos casos en que los derechos son de una alta relevancia constitucional o son de una especie respecto de la cual los tribunales se encuentran particularmente dotados para brindarles protección”¹³⁰. Concluye que “sería excesiva la deferencia a la decisión ministerial en un asunto que involucra la detención indefinida sin imputación procesal previa”¹³¹.

En *Huang* (2007) se invocó el artículo 8 de la Convención (derecho a la vida familiar) por algunos inmigrantes a quienes se les había denegado la permanencia definitiva en el Reino Unido¹³². La Cámara de los Lores –lord Bingham escribió a nombre de todos– dedicó una sección especial a la proporcionalidad y, junto con recordar el criterio adoptado en *De Freitas* (1999), dio cuenta de la crítica que los abogados de los reclamantes formularon respecto del estándar. A su juicio,

¹²⁸ CEHD, art. 15: “Derogación en caso de estado de urgencia. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

¹²⁹ Cámara de los Lores, (2005) 2 A.C. 68 de 8 de diciembre de 2005, párr. 30 (por ambas citas).

¹³⁰ Cámara de los Lores, (2005) 2 A.C. 68 de 8 de diciembre de 2005, párr. 84, en que cita Cámara de los Lores, (2000) 2 A.C. 326, 381 de 28 de octubre de 1999.

¹³¹ Cámara de los Lores, (2005) 2 A.C. 68 de 8 de diciembre de 2005, párr. 44.

¹³² Cámara de los Lores, (2007) 2 A.C. 167 de 21 de marzo de 2007.

el test de *De Freitas* (1999) “*fue deficiente al omitir un rasgo esencial de Oakes*” (el test canadiense citado por la judicatura al pronunciarse en *De Freitas*). El rasgo omitido es “*la necesidad de ponderar los intereses de la sociedad con aquellos de los individuos o grupos. Este es ciertamente un aspecto que jamás debería ser descartado o pasado por alto*”¹³³.

Al responder a esta crítica, lord Bingham cita el párrafo de un caso resuelto por la Cámara de los Lores en que se afirma que “*un justo equilibrio entre los derechos del individuo y los intereses de la comunidad es inherente como un todo a la Convención*”, añadiendo que la “*severidad y consecuencias de la intervención convocan a una cuidadosa valoración en este caso*”¹³⁴. Esta consideración sobre los efectos nocivos en los derechos es lo que se tuvo en cuenta al señalar que lo fundamental que la autoridad debió preguntarse era “*si la negativa de entrar y permanecer, lesiona la vida familiar del recurrente de un modo suficientemente grave que equivalga a una vulneración del derecho fundamental protegido por el artículo 8 (...) cuando se espera que la vida familiar no pueda ser disfrutada en otro lugar. En caso que la respuesta a la interrogante sea afirmativa, la negativa es ilegítima y la autoridad debe así decidirlo*”¹³⁵, por lo que accede a darles la razón a los inmigrantes reclamantes.

Los dos fallos precedentes, coherentes con la *noción garantista*, enfatizan especialmente la procedencia del test cuando está en juego un derecho fundamental, procurando que la intervención gubernamental no sea tan intensa que equivalga a una vulneración en grado severo o sacrificio total del derecho afectado. Se da a entender que si se admite una ponderación entre el interés público y el derecho fundamental, el resultado de este ejercicio no puede inclinarse al punto de generarse un efecto desproporcionado, que es equivalente a impedir el ejercicio del derecho sujeto a regulación, resultado excesivo que en *Huang* (2007) consistió en “que la vida familiar no podía ser disfrutada en otro lugar”, mientras que en *Kebilene* (2000) como en *Terroristas sospechosos* (2005) se evitó por estimarse que ningún balanceo era procedente cuando el derecho en riesgo se encuentra protegido en términos absolutos¹³⁶.

¹³³ Cámara de los Lores, (2007) 2 A.C. 167 de 21 de marzo de 2007, párr. 19 (por todas). El caso citado como modelo es *Dickson CJ in R v. Oakes* [1986] 1 SCR 103, pronunciado por la Corte Suprema canadiense y que sentó las bases del test de proporcionalidad en dicho país.

¹³⁴ Cámara de los Lores, (2007) 2 A.C. 167 de 21 de marzo de 2007, párr. 19 (por todas). El caso citado es Cámara de los Lores, (2004) 2 A.C. 368 de 17 de junio de 2004, párr. 20.

¹³⁵ Cámara de los Lores, (2007) 2 A.C. 167 de 21 de marzo de 2007, párr. 20.

¹³⁶ COVARRUBIAS (2013), p. 492.

Como quiera que sean los perfiles distintivos entre el test de proporcionalidad adoptado por el TEDH y aquella versión recepcionada por la Cámara de los Lores (también el *Privy Council*), el panorama expuesto exhibe con claridad, al menos, los siguientes rasgos coincidentes en ambas jurisdicciones: (a) el rechazo en concebir una *fórmula* explícita de proporcionalidad que comprenda la *proporcionalidad en sentido estricto*, entendida como un criterio de optimización de intereses, y (b) la renuencia a *aplicar* el referido estándar de un modo coherente con la aludida noción utilitarista del test. Los factores que contribuyen a explicar los rasgos señalados exceden el objeto de este trabajo, aunque algunos ya han sido abordados con anterioridad¹³⁷.

Cabe subrayar finalmente que en las ocasiones en que en ambas jurisdicciones se ha acudido a una ponderación entre el interés público y el derecho fundamental, ello ha tenido lugar con resguardos tales que conducen a impedir un resultado del todo desproporcionado o excesivo en perjuicio del derecho intervenido por la medida o acto gubernamental.

La gran diferencia entre una y otra noción, que ha llevado a sostener la existencia de “dos concepciones de la proporcionalidad”¹³⁸, estriba en que la fórmula europea continental habitualmente observa este estándar como uno destinado a equilibrar los derechos fundamentales con otros derechos e intereses (entre ellos, el bien común) del modo más eficiente posible¹³⁹, mientras que la versión británica, en cambio, “*ve la proporcionalidad como un conjunto de exigencias que justifican la intervención judicial con el objeto de proteger los derechos*”¹⁴⁰, finalidad ésta firmemente enraizada en la función histórica de la judicatura británica¹⁴¹.

Expuesta la visión panorámica de dos (o tres) versiones disímiles y, en algunos aspectos, contrapuestas acerca del test de proporcionalidad, estamos en condiciones de responder si el TC utiliza el test, cómo lo emplea y, en este caso, cuál noción formula y adopta, si es que efectivamente se aproxima a alguna de ellas.

¹³⁷ COHN (2010), por ejemplo, muestra que este resultado se ha visto facilitado por la obligación de los tribunales británicos de “tomar en consideración” la doctrina del TEDH. COVARRUBIAS (2013), por su parte, atribuye la renuencia de la noción optimizadora en el Reino Unido a lo que denomina “centralidad de los derechos”: el interés judicial en preservar su contenido esencial, en protegerlo de resultados excesivos o en la consideración absoluta de algunos de ellos, entre otros factores.

¹³⁸ RIVERS (2006), pp. 177 y ss.

¹³⁹ RIVERS (2006), p. 176.

¹⁴⁰ RIVERS (2006), p. 176.

¹⁴¹ COHN (2010), pp. 605 y 616, se refiere al influjo de la “herencia Diceyana” –formulada por *Dicey*– en la revisión judicial frente a la noción tradicional de la soberanía parlamentaria inglesa.

III. ¿UTILIZA EL TC EL TEST DE PROPORCIONALIDAD?

Ya hemos adelantado que esta interrogante no puede ser derechamente respondida sin haber despejado lo relativo a las distintas modulaciones sobre la proporcionalidad. Si no sirve de mucho mencionar la proporcionalidad sin saber a qué estamos refiriéndonos con ella, tampoco presta mucha utilidad conocer cuántas veces el Tribunal invoca el referido estándar sin precisar si en tales casos ha recurrido a un empleo real del aludido método de adjudicación constitucional. ¿Puede afirmarse que el TC efectivamente usa el test en aquellas ocasiones en que no acude al empleo de todas y cada una de las exigencias que lo configuran? ¿Puede decirse que ha operado la proporcionalidad en una sentencia que formalmente enuncia los requisitos del test sin hacerse cargo de éstos mínimamente?

Como ya lo advertimos al inicio, un ejemplo ilustrativo es *Inconstitucionalidad de Isapres* (2010) en que el TC –siguiendo el derrotero de las 76 inaplicabilidades sobre *Artículo 38 ter Ley de Isapres*– quiso examinar si la disposición cuestionada era: (a) “*adecuada a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud*”; (b) “*indispensable para alcanzar los fines señalados*” y (c) “*si guarda[ba] proporcionalidad con tales objetivos*”¹⁴². No obstante lo señalado, ningún examen se llevó a cabo y la sentencia se limitó a afirmar que las disposiciones objetadas, al admitir el establecimiento de diferencias arbitrarias, no eran “*idóneos, necesarios, [ni] proporcionados*”¹⁴³ sin referirse mínimamente a los motivos que justificaban la supuesta falta de idoneidad, de necesidad o el incumplimiento de la última exigencia invocada.

Atendido que estos fallos representan un 60,16% de las 128 sentencias observadas, el universo sobre el que recae el examen se reduce drásticamente, aunque veremos enseguida que hay otros casos en que esto ocurre con mayor notoriedad aún.

Otra interrogante que surge: ¿Es pertinente afirmar que el Tribunal acude al test de proporcionalidad cuando su formulación es tan minimalista que dista mucho de aquel estándar que se conoce como tal? Un caso así es el ocurrido en *Ley de Quiebras* (2010), donde se afirma que para determinar la legitimidad de una diferencia (supuestamente arbitraria) establecida por el legislador “*resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agre-*

¹⁴² TCCH, Rol N° 1.710 de 6 de agosto de 2010, c. 143 (por todas).

¹⁴³ TCCH, Rol N° 1.710 de 6 de agosto de 2010, c. 145.

garse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados”¹⁴⁴. El sentenciador examinó de manera tangencial referida “la finalidad de la ley”, aunque no consideró la procedencia constitucional de sus objetivos y tampoco se hizo cargo de las restantes exigencias del test¹⁴⁵, con lo cual difícilmente puede hablarse de un ejemplo de aplicación del aludido estándar. La misma noción minimalista tuvo lugar en varios casos del *Autoacordado Recurso de Protección* (2011)¹⁴⁶, donde tampoco se dio aplicación a las exigencias invocadas por el TC.

Estas y otras interrogantes –que evidencian la dificultad de responder preliminarmente a la pregunta arriba formulada– procurarán ser dilucidadas más adelante.

IV. ¿EMPLEA EL TEST UNA VEZ QUE LO HA INVOCADO?

Se trata de exhibir aquí que el Tribunal Constitucional ha manifestado en numerosas ocasiones que es necesario aplicar el test de proporcionalidad aunque finalmente no lo ha abordado, ni siquiera parcialmente¹⁴⁷, además de lo ya constatado sobre los casos de *Artículo 38 ter de la Ley de Isapres*.

De la circunstancia de que el Tribunal invoque explícitamente el principio de proporcionalidad no se sigue que lo emplee efectivamente en la decisión del asunto en cuestión. La brecha entre lo anunciado y lo realizado por el TC ha sido particularmente patente en aquellos casos en que una vez proclamado el test por la sentencia, ésta ni siquiera lo ha aplicado de manera parcial. En tales ejemplos, el TC ha subrayado su importancia como instrumento de adjudicación constitucional aunque a la postre no termine empleando ninguna de los tres o cuatro exigencias que estructuran el test como estándar de decisión del asunto de que se trata¹⁴⁸.

¹⁴⁴ TCCH, Rol N° 1.414-2009 de 14 de septiembre de 2010, c. 17.

¹⁴⁵ TCCH, Rol N° 1.414-2009 de 14 de septiembre de 2010, c. 26, sólo afirma que se supera el examen de proporcionalidad al concluir que la diferencia sentada por la ley no es arbitraria.

¹⁴⁶ TCCH, Roles N° 1.812-2010, 1.816-2010 y 1.817-2010, de 18 de agosto de 2011 c. 29 (por todas).

¹⁴⁷ TCCH, Roles N° 1.732-2010 y 1.800-2010 de 21 de junio de 2011, c. 1 (por todas), el TC ha dicho que debe ser deferente con la regulación diseñada “a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos y proporcionales a los fines perseguidos (STC Rol N° 797/07)”, aunque luego no justifica en qué sentido la regulación objetada es idónea y proporcional a los fines perseguidos.

¹⁴⁸ TCCH, Rol N° 1.798-2010 de 29 de marzo de 2011, prevención N° 3, c. 4 y Roles N°s. 1.741-2010 y 1.679-2010 de 15 de marzo de 2011, prevención N° 3 (por ambas); Rol N° 1.340-2009 de 20 de septiembre

A fin de ilustrar algunos casos, en *Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales* (2011), el TC ha dicho que para que una regulación “[r]esulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad”¹⁴⁹. No se empleó, sin embargo, ninguno de los subprincipios del test. Tampoco el TC se ha hecho cargo de alguna de las exigencias del test en aquellas ocasiones en que ha sido explícito en sostener que “debe estudiarse, por una parte, el motivo de la norma y, por la otra, la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la afectación de las garantías constitucionales en cuestión”¹⁵⁰.

Un ejemplo muy habitual ha tenido lugar en casos en que el TC ha invocado expresamente la proporcionalidad como instrumento de adjudicación cuando se ha denunciado la infracción a la igualdad ante la ley frente a una regulación que establece una diferencia (alegada como arbitraria), no obstante lo cual la sentencia ni siquiera se ha pronunciado parcialmente respecto de uno o de algunos de los requisitos del test, no obstante que tales exigencias se observaban indispensables “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita”. En tales ocasiones lo señalado por el TC ha sido más o menos del siguiente tenor:

“[P]ara que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”¹⁵¹, o bien 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,

de 2009, c. 29; Rol N° 1.243-2008 de 30 de diciembre de 2008, c. 22 y 23.

¹⁴⁹ TCCH, Rol N° 1.988-2011 de 24 de junio de 2011, c. 67.

¹⁵⁰ TCCH, Rol N° 1.243-2008 de 30 de diciembre de 2008, c. 23.

¹⁵¹ TCCH, Rol N° 1.307-2009 de 20 de enero de 2011, c. 14. Asimismo, Rol N° 784-2007 de 20 de diciembre de 2007, c. 20; Rol N° 1.824-2010 de 9 de diciembre de 2010, c. 5 (disidencia de cuatro ministros), y Rol N° 1.988-2011 de 24 de junio de 2011, c. 67.

*resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes*¹⁵².

La disconformidad entre lo proclamado por el TC y lo llevado a cabo por éste también ha podido develarse, aunque en menor grado, cuando el sentenciador ha examinado uno o algunos –pero en ningún caso todos– de los subprincipios de que consta el test de proporcionalidad. Sin embargo, por tratarse éstas de situaciones en que el Tribunal emplea, aunque sea parcialmente, una o varias exigencias del referido instrumento, será abordado en el siguiente acápite.

V. ¿ACUDE A LA PROPORCIONALIDAD EMPLEANDO TODAS SUS EXIGENCIAS?

Se constatará aquí que la mayoría de las ocasiones en que el TC acude al estándar (un 92,67% de las 128 sentencias que se refieren al test en sentido amplio) lo lleva a cabo parcialmente, esto es, omitiendo el deber de aplicar todos los subprincipios que suponen su cumplimiento¹⁵³. En algunos casos, veremos que la *proporcionalidad en sentido estricto* se asocia al cumplimiento de la garantía constitucional que vela por el contenido esencial de los derechos fundamentales. Finalmente, se exhibirán algunos ejemplos en que el TC procura hacerse cargo de todas las exigencias del aludido criterio.

En tales casos de aplicación incompleta, se ha podido observar que el subprincipio más utilizado es el de *idoneidad o adecuación*¹⁵⁴. En las antípodas se encuentran las exigencias de *necesidad* y de *licitud del fin*, en lo que se refiere a su aplicación. En efecto, la invocación y consecuenencial aplicación del subprincipio de necesidad ha brillado por su escasez¹⁵⁵, mientras que el examen sobre la licitud del fin habitualmente se ha tenido por satisfecho con un mínimo o nulo escrutinio

¹⁵² TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 22; Rol N° 1.061-2008 de 28 de agosto de 2008, c. 17; Rol N° 1.260-2008 de 7 de mayo de 2009, c. 34; Rol N° 1.204-2008 de 28 de mayo de 2009, c. 10.

¹⁵³ Esto ha sido denunciado e ilustrado por vía ejemplar, por NOGUEIRA (2010), pp. 369 y ss., y por ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), pp. 87 y ss.

¹⁵⁴ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 16; Roles N° 1.182-2008, 1.193-2008 de 18 de noviembre de 2008; 1.201-2008 de 18 de diciembre de 2008, c. 25 y 26 (por todas) y, asimismo, Rol N° 1.260-2008 de 7 de mayo de 2009; Rol N° 1.141-2008 de 17 de marzo de 2009 y 1.215-2008 de 30 de abril de 2009, c. 13, y Rol N° 1.345-2009 de 25 de mayo de 2009, c. 10 y ss.; *Playas II* (2008), c. 24 y 26 y c. 25 y 27, respectivamente; Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008, c. 40 y 46 (por todas), a modo ejemplar.

¹⁵⁵ En TCCH Rol N° 1.801-2010 de 12 de abril de 2011, c. 20, se anuncia una habitual noción de necesidad y luego no la emplea. Tampoco se aplica en Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008 (por todas) y en Rol N° 1.971-2011 de 13 de diciembre de 2011, c. 10.

llevado a cabo por el TC¹⁵⁶. En otros casos este resultado se ha producido debido a que la finalidad buscada por la regulación no ha podido ser desentrañada por el sentenciador¹⁵⁷.

Así, en *Pensiones no contributivas* (2008), el sentenciador llevó adelante una somera digresión acerca de la procedencia de que la ley pueda establecer un plazo de caducidad para cobrar ciertas pensiones, que era el fin legítimo invocado por la autoridad. Lo valorable es que no sólo se asume que la regulación en cuestión “*persigue el fin lícito de brindar certeza respecto de los créditos que puedan cobrarse en contra del Fisco*”¹⁵⁸, sino que también lo fundamenta al sostener que “*(...) no puede estimar sino como lícita una figura de tanta tradición y de tan frecuente uso como es la prescripción de los créditos, aplicables a todos ellos en nuestro sistema jurídico y probablemente con muy pocas excepciones en el mundo. Resulta difícil pensar en algún crédito que no se extinga por el hecho de no reclamarse por un lapso de tiempo. La certeza o la seguridad jurídica es una de aquellas que más típicamente se reconocen como finalidades lícitas del derecho, al punto que, muchas veces, los filósofos del derecho se han preguntado si es la justicia o la seguridad su finalidad principal*”¹⁵⁹. Sin embargo, se prescinde de la necesidad como de la proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a las dos primeras exigencias, debe destacarse *Artículo 2331 Código Civil* (2010), cuyos fallos constituyen uno de los contados casos en que el TC ha examinado el requisito de *necesidad*, concluyendo que no se satisface su cumplimiento: “*Que (...) al analizarse si existen otros medios menos lesivos para el logro del fortalecimiento de la libertad de expresión, es posible identificar distintos mecanismos que cumplen mejor tal propósito*”, entre los cuales mencionaba dos instrumentos

¹⁵⁶ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 15 y 16; Roles N° 1.141-2008 de 17 de marzo de 2009 y 1.215-2008 de 30 de abril de 2009, también dan por sentado el “*propósito constitucionalmente legítimo, como es el efectivo disfrute público de bienes que pertenecen a la nación toda*”, c. 26, o “*que queda comprendido en la función social de la propiedad*”, c. 27. Análogamente: Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008, c. 30, 35, 37, 41 y 46 (por todas); Rol N° 1.971-2011 de 13 de diciembre de 2011, c. 8, y Rol N° 2.102-2011 de 27 de septiembre de 2012, c. 43.

¹⁵⁷ Un caso registrado es el TCCH Rol N° 1.801-2010 de 12 de abril de 2011, c. 24, donde se reconoce que “*en cuanto a la idoneidad de la medida bajo análisis en relación al fin perseguido por el legislador, ya se ha señalado que la historia legislativa del establecimiento del precepto cuestionado no refleja, con claridad, cuál fue dicha finalidad*”.

¹⁵⁸ TCCH, Roles N° 1.182-2008 y 1.193-2008 de 18 de noviembre de 2008 y Rol N° 1.201-2008 de 18 de diciembre de 2008, c. 23 (por todas). En idéntico sentido, Rol N° 1.260-2008 de 7 de mayo de 2009, c. 36, (parte B que acoge el requerimiento).

¹⁵⁹ TCCH, Roles N° 1.182-2008 y 1.193-2008, de 18 de noviembre de 2008 y Rol N° 1.201-2008 de 18 de diciembre de 2008, c. 24 (por todas). También, Rol N° 1.260-2008 de 7 de mayo de 2009, c. 36.

menos perjudiciales¹⁶⁰. Igualmente destacable ha sido en tales casos el escrutinio respecto de la regla de *finalidad legítima*, donde se da un extenso e inusual tratamiento que procura “*determinar si el precepto cuya aplicación se cuestiona tiene justificación en un fin legítimo*”¹⁶¹.

En una posición de mayor o menor equidistancia entre ambos polos –de un examen casi habitual de las dos primeras exigencias a uno casi inexistente en las dos restantes– se ubica la *proporcionalidad en sentido estricto*. Aunque su consideración es derechamente omitida en algunas ocasiones¹⁶², o mínimamente examinada en varias sentencias¹⁶³, en buena parte de los casos su abordaje suele asociarse –explícita o implícitamente– al cumplimiento de la garantía del artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental¹⁶⁴.

Un claro ejemplo de omisión tiene lugar en *Arts. Código del Trabajo y Código de Procedimiento Civil* (2011), en que se llega a la conclusión de que la medida de arresto es proporcionada por satisfacerse la finalidad lícita y la idoneidad, esto es, ser “*eficaz para asegurar el cumplimiento de la resolución judicial*”¹⁶⁵, sin hacer referencia alguna a otra exigencia del test. Donde aparece, en cambio, una evidente vinculación entre el resultado del escrutinio y la suerte que corre la garantía del artículo 19 N° 26 de la Constitución es en *Turno gratuito* (2008-2009), en que si bien el instrumento regulatorio sometido a examen fue considerado por el TC “*desproporcionadamente gravoso*” –nomenclatura ésta más asociada a la revisión judicial británica o del TEDH–, dicho resultado fue calificado de tal modo a consecuencia de la vulneración del *contenido esencial* de la libertad de trabajo, entre otros derechos que se estimaron conculcados¹⁶⁶.

¹⁶⁰ TCCH, Rol N° 2.071-2011 de 19 de junio de 2012, Rol N° 2.085-2011 de 7 de junio de 2012 y Rol N° 1.463-2009 de 23 de septiembre de 2010, c. 32 (por todos).

¹⁶¹ TCCH, Rol N° 1.463-2009 de 23 de septiembre de 2010, c. 27 y ss.

¹⁶² TCCH, Rol N° 1.801-2010 de 12 de abril de 2011 y Rol N° 1.971-2011 de 13 de diciembre de 2011.

¹⁶³ TCCH, Rol N° 1.141-2008 de 17 de marzo de 2009 y Rol N° 1.215-2008 de 30 de abril de 2009.

¹⁶⁴ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006; Rol N° 1.463-2009 de 23 de septiembre de 2010, c. 37. Asimismo, Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008, c. 46 y 63.

¹⁶⁵ TCCH, Rol N° 1.971-2011 de 13 de diciembre de 2011, c. 10.

¹⁶⁶ TCCH, Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008 (por todas), c. 46, en que se afirmó que si el instrumento para asegurar el acceso a la justicia (finalidad lícita) “*se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna*”, gratuidad que según el c. 63 afecta el contenido esencial de la libertad de trabajo.

Lo señalado también sucedió implícitamente en *Ley de Concesiones* (2007), en que se afirmó que los derechos afectados “*no han sido impedidos en su ejercicio ni entrabados en grado intolerable*”¹⁶⁷ y, más evidentemente, en *Artículo 2331 Código Civil* (2010), donde se sostuvo que “*(...) la norma resulta desproporcionada, al impedir de modo absoluto y a priori la indemnización del daño moral cuando se estima lesionado el crédito u honra de una persona por imputaciones injuriosas, con lo cual se afectaría en su esencia un derecho amparado por la Constitución (artículo 19 N° 4°), vulnerando así lo prescrito por el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental*”¹⁶⁸.

Con todo, una atenta observación a otros aspectos de *Ley de Concesiones* (2007) brinda elementos como para pensar que ahí hubo espacio para razonamientos imbuidos en la lógica optimizadora, propia de la proporcionalidad en sentido estricto, aunque formalmente no se haya acudido a la regla de ponderación. De hecho, la constatación de que “*muchas de estas tarifas y peajes a usuarios pueden carecer de un valor unitario que justifique su cobro judicial*” se ve contrarrestada o superada por el temor de que si llegase “*a masificarse la práctica del no pago de las tarifas*”, ello pondría en serio peligro “*el adecuado funcionamiento del sistema concesionado de infraestructura*” —el fin invocado como legítimo por la autoridad—. ¹⁶⁹

En un sentido análogo, *Playas II* (2008) representa un caso en que el resultado que se estima como proporcionado se califica más bien al darse por cumplidos los requisitos de necesidad y de licitud del fin¹⁷⁰, aunque aquí también parece subyacer, no bajo la rótula formal de la regla de ponderación, un ejercicio optimizador, como quiera que el fin legítimo invocado en el caso —“*el acceso indispensable (...) para el goce público del respectivo bien nacional (...) para los solos fines turísticos y de pesca*”¹⁷¹— contribuye decisivamente a justificar el sacrificio, aunque sea parcial,

¹⁶⁷ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 16.

¹⁶⁸ Rol N° 1.463-2009 de 23 de septiembre de 2010, c. 37.

¹⁶⁹ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 16 (por todas las citas), donde se afirma que “*muchas de estas tarifas y peajes a usuarios pueden carecer de un valor unitario que justifique su cobro judicial, pero si llegase a masificarse la práctica del no pago de las tarifas todo el sistema de concesiones, con su importante aporte a la solución del déficit de la infraestructura, se pondría en serias dificultades*”.

¹⁷⁰ TCCH, Rol N° 1.141-2008 de 17 de marzo de 2009 y N° 1.215-2008 de 30 de abril de 2009, c. 27 y 28, respectivamente: “*El medio empleado por el legislador es proporcionado, pues no impone al dueño sino la obligación de permitir el acceso, indispensable —como ya se vio— para el goce público del respectivo bien nacional (...) para los solos fines turísticos y de pesca, y por cuanto [se] exige al Intendente Regional fijar con prudencia las correspondientes vías de acceso, con audiencia del propietario, arrendatarios o tenedores respectivos y evitando causar daños innecesarios a los afectados (...)*”.

¹⁷¹ TCCH, Rol N° 1.141-2008 de 17 de marzo de 2009 y Rol N° 1.215-2008 de 30 de abril de 2009, c. 26-27 y 27-28, respectivamente.

del derecho de propiedad. Esto, como veremos enseguida, ocurre en un contexto en que el sentenciador ya ha acudido al test como modo de adjudicación, con prescindencia de cómo lo aplique.

Por último, cabe constatar que *Solve et repete IV y V* (2008) son casos atípicos en cuanto a que no se examina la finalidad constitucionalmente legítima, aunque sí se pronuncian sobre las restantes exigencias del test de un modo bastante inusual. Atendida la similitud entre las dos sentencias, nos referiremos a la primera como representativa de ambos casos. En efecto, la licitud del fin se da por legítima al sostener que “*las sanciones que impone el Servicio de Salud (...) requieren de alta eficacia y seguridad en su cumplimiento, pues se adoptan en defensa de la vida y de la salud*”¹⁷². Luego, se afirma que la idoneidad no se satisface, toda vez que “*no puede sostenerse que el mecanismo [la consignación previa] sirva a la finalidad que se ha alegado*”, esto es, “*evitar reclamos injustificados o la litigación frívola*”¹⁷³, que es el fin lícito invocado por la autoridad para justificar la restricción al derecho de acceso a la justicia. Con todo, cabe consignar que en *Solve et repete VI* (2011)¹⁷⁴ no se utilizó el test, quebrándose así la tendencia que en esta misma materia había inaugurado el Tribunal.

Respecto del subprincipio de necesidad, se señala que la regulación legal “*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*”¹⁷⁵, con lo cual la segunda parte de la oración vincula esta exigencia con la proporcionalidad en sentido estricto, requisito respecto del cual añade que al inhibirse el reclamo judicial por medio de la consignación “*se obtiene ese resultado [que da por legítimo] a un costo que no resulta proporcional, como lo es el de impedir la reclamación del sancionado en sede judicial*”¹⁷⁶. Esta afirmación cobra más sentido aún al sostenerse que el margen de satisfacción obtenido por la disposición cuestionada –eficacia de las multas– “*es a costa de limitar severamente el acceso a la justicia, lo que constituye una garantía constitucional esencial para el ejercicio de los derechos*”¹⁷⁷. Se advierte, una vez más, la

¹⁷² TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008.

¹⁷³ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 26. El Rol N° 1.061-2008 de 28 de agosto de 2008, c. 19 a 21, abunda más todavía en el incumplimiento de la idoneidad.

¹⁷⁴ TCCH, Rol N° 1.580-2009 de 27 de enero de 2011.

¹⁷⁵ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 22.

¹⁷⁶ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 25.

¹⁷⁷ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 28.

analogía entre este modo de operar el test y las versiones no optimizadoras de la proporcionalidad.

Curiosamente, la sentencia de *Inconstitucionalidad del artículo 171 del Código Sanitario* (2009) omite precisamente aquella exigencia —la necesidad— mayormente desarrollada por los casos *Solve et repete* (2008) recién referidos. Sin embargo, debe destacarse que aquí el TC no sólo tiene por cierto “*que evitar [la] litigación frívola y puramente dilatoria en el cumplimiento de sanciones administrativas es un propósito constitucionalmente lícito*”¹⁷⁸, sino que aborda de modo poco habitual la procedencia del fin constitucionalmente lícito¹⁷⁹, como también del requisito de adecuación o idoneidad técnica¹⁸⁰. La proporcionalidad en sentido estricto es desarrollada de modo similar a las sentencias de *Solve et repete* ya referidas.

En fin, algunas de las escasas ocasiones en que se ha advertido un mayor esfuerzo de correspondencia entre la formulación del test y su aplicación —con independencia de si ésta es conforme— ha sido en *Playas II* (2008), *Solve et repete IV y V* (2008), *Turno gratuito* (2009) y en las sucesivas sentencias sobre *Artículo 2331 Código Civil* (2010-2012). Más recientemente, ello ha ocurrido en *Apremios por no pago de compensación económica* (2012), donde el estándar ha sido formulado

¹⁷⁸ TCCH, Rol N° 1.345-2009 de 25 de mayo de 2009, c. 13.

¹⁷⁹ TCCH, Rol N° 1.345-2009 de 25 de mayo de 2009, c. 13, en que se justifica que “[e]l propósito puede servir para dar mayor vigencia a fines que tienen raigambre constitucional, como son los que las sanciones buscan proteger, en la especie, típicamente la salud, el sometimiento de la actividad de todos al derecho, la de la actividad estatal y particularmente de la administración y hasta la existencia de racionalidad y justicia en los procedimientos, pues ello exige un uso racional de los recursos judiciales, a los cuales se opone la litigación frívola o puramente dilatoria.”.

¹⁸⁰ TCCH, Rol N° 1.345-2009 de 25 de mayo de 2009, c. 13: “(...) cabe preguntarse si la norma en examen es un medio idóneo para alcanzar el fin que se alega. Nuestra convicción es que esta pregunta debe responderse negativamente, por las siguientes tres razones: a) Porque en el mecanismo del Código Sanitario, la reclamación judicial no suspende lo resuelto por la autoridad. En efecto, el artículo 172 del Código Sanitario dispone que ‘las sentencias que dicte la autoridad sanitaria podrán cumplirse no obstante encontrarse pendiente la reclamación a que se refiere el artículo anterior...’. En consecuencia, no es posible convencer que la consignación previa resulte un modo eficaz de evitar el reclamo injustificado o puramente dilatorio de la multa, pues el reclamante se verá sometido igual a cumplir con la sanción de multa y su litigación —justificada o no— tendrá igualmente por objeto recuperar lo que se ha pagado (...). b) Porque el mecanismo en examen en nada impide la litigación frívola. El sancionado con capacidad de pago tendrá la misma tentación de litigación frívola si posteriormente puede recuperar el dinero pagado que si puede evitar el pago. c) En tercer lugar, debe tenerse presente que el derecho sí cuenta con una serie de instrumentos destinados a desincentivar la litigación infundada o puramente dilatoria, y que son idóneos para tales objetivos, pues sí discriminan y desincentivan los libelos que carecen de fundamento plausible. Entre ellos, los exámenes de admisibilidad y la condenación en costas. A diferencia de ellos, la barrera del solve et repete de la especie se aplica con entera independencia de que el juez estime un reclamo bien fundado, que presenta plausibilidad de ser acogido, o si lo estima infundado, temerario o puramente dilatorio. En esas condiciones, no puede sostenerse que el mecanismo sirva a la finalidad que se ha alegado”.

y examinado con inhabitual precisión, salvo en lo que se refiere a la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto¹⁸¹.

Dicho esfuerzo es también ilustrativo en la disidencia sostenida en *Correos electrónicos I* (2012)¹⁸², aunque estos disidentes dan por sentada la legitimidad del fin perseguido, por lo que omiten pronunciarse sobre tal requisito. La exigencia de necesidad es insatisfactoriamente abordada por encontrarse deficientemente formulada¹⁸³, lo que explica que se dé por cumplida la exigencia por constatar simplemente que la solicitud de acceso “*es la vía fijada por la ley para obtener la información*”¹⁸⁴. La proporcionalidad en sentido estricto se centra en la argumentación sobre la importancia de ponderar los dos bienes jurídicos en tensión –vida privada y transparencia pública– antes que derechamente en “*identificar las ventajas que se obtendrían con la injerencia sobre el derecho al respeto de la vida privada (...) en relación con los beneficios que se producirían con el conocimiento público de la información requerida*”¹⁸⁵, que es aquello que los disidentes precisamente dijeron debía hacerse y no se llevó a cabo.

VI. ¿QUÉ FÓRMULA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD ADOPTA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

¿Bajo qué noción de la proporcionalidad se alinea el TC? ¿O puede afirmarse, por el contrario, que el estándar empleado efectivamente por dicha magistratura responde a una visión originaria de éste? Previo a responder, adelantaremos que es claro que el test operado en su conjunto se encuentra más en línea con una concepción garantista de él, incluidos aquellos rasgos propios y distintivos que contribuyen a no encasillarlo absolutamente en algunas de las nociones reseñadas. Pues, ya se ha advertido que de todas las exigencias del test, la *proporcionalidad en*

¹⁸¹ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008; Rol N° 1.061-2008 de 28 de agosto de 2008; Rol N° 1.141-2008 de 17 de marzo de 2009; Rol N° 1.215-2008 de 30 de abril de 2009; Rol N° 2.102-2011 de 27 de septiembre de 2012; Rol N° 1.463-2009 de 23 de septiembre de 2010; Rol N° 2.071-2011 de 19 de junio de 2012; Rol N° 2.085-2011 de 7 de junio de 2012; Rol N° 1.254-2008 de 29 de julio de 2009.

¹⁸² TCCH, Rol N° 2.153-2011 de 11 de septiembre de 2012, disidencia, c. 31-38 (Ministros Fernández Fredes, Viera-Gallo y García Pino, este último, redactor).

¹⁸³ TCCH, Rol N° 2.153-2011 de 11 de septiembre de 2012, voto disidente, c. 32, para quienes la exigencia de necesidad consiste en responder si “*¿hay otros medios alternativos para obtener la información sobre los recursos públicos pendientes para Melipilla*”, prescindiendo de si estas alternativas resultan más o menos lesivas para el derecho, tal como se llevó a cabo en Rol N° 1.463-2009 *Artículo 2331 Código Civil* (2010), c. 32.

¹⁸⁴ TCCH, Rol N° 2.153-2011 de 11 de septiembre de 2012, c. 32.

¹⁸⁵ TCCH, Rol N° 2.153-2011 de 11 de septiembre de 2012, c. 33.

sentido estricto o *regla de ponderación* es el factor más determinante para discernir la orientación del estándar bajo las coordenadas de la versión optimizadora o garantista antes referidas. En tal requisito –su ausencia o modulación– es donde se juega un mayor o menor grado de afinidad con una u otra concepción del test.

Previo a responder derechamente las interrogantes planteadas se abordarán los casos en que el TC ha recurrido a alguna aproximación definicional del test para luego centrarse en clarificar cómo se ha adoptado la *proporcionalidad en sentido estricto* o *regla de ponderación*. Por último, se examinará el rol que juega la garantía de no afectación del contenido esencial de los derechos en los casos en que se ha recurrido a la proporcionalidad. Si bien esta cláusula no es parte formal del estándar, su análisis se justifica sobradamente por la función –materialmente análoga al último requisito del test– que ha desempeñado en el Derecho comparado –Reino Unido y TEDH– y también por el impacto que ha generado en los casos en que ha sido utilizada por el TC.

A) Aproximación definicional del test de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional

Del universo de 128 sentencias en que el TC ha intentado emplear o efectivamente ha utilizado el test con mayor o menor pertinencia, sólo en algunas ocasiones el criterio ha sido formulado en un intento definicional¹⁸⁶. En *Ley de Concesiones* (2007) se esboza una incipiente aproximación en tal sentido, al expresar que “*la regulación legal debe ser razonable (...) sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la ilicitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común*”¹⁸⁷. Bajo este intento, el sentenciador vislumbra la proporcionalidad con las reglas de *idoneidad* y de *fin constitucional lícito*.

En *Solve et repete IV* (2008), en cambio, el TC expresa por vez primera tres subprincipios del aludido criterio, omitiendo el requisito de necesidad (escoger el medio más benigno para lograr el fin lícito). Se señala entonces que “[d]ebe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen

¹⁸⁶ Para MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2011), pp. 199-226, la proporcionalidad cumple más bien la función de la razonabilidad en muchos casos en que se ha de determinar si hay o no arbitrariedad o falta de razonabilidad en la diferenciación llevada a cabo por la disposición legal cuestionada.

¹⁸⁷ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 15.

*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*¹⁸⁸. Lo mismo se reitera en varias sentencias posteriores¹⁸⁹, aunque en algunas el TC recurre a la regla de la necesidad¹⁹⁰.

Otros fallos mantuvieron la referencia aludida a la triple exigibilidad, aunque modificando, sin alteración significativa, la última regla¹⁹¹, que quedó manifestada en “(...) *clarificar si la diferencia [impuesta por la ley] es razonable en relación con el valor del fin propuesto*”¹⁹². En *Licencias médicas* (2011), por ejemplo, se quiso dilucidar una eventual infracción a la igualdad ante la ley, quedando circunscrito el test al cumplimiento de la *licitud constitucional del fin* y de *necesidad*, descartando cualquier modalidad de la regla de *ponderación*¹⁹³. En tal sentencia el TC cita una serie de fallos que si bien se refieren a la proporcionalidad, ello se hace en un sentido tan minimalista que no logra construir algo que se asemeje al estándar en cuestión¹⁹⁴. Esto, con la salvedad de *Reajuste de pensiones* (2007), donde se enuncia el triple test, además de otros estándares que contribuyen a determinar la legitimidad constitucional de la exclusión de un beneficio por parte del legislador¹⁹⁵.

¹⁸⁸ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 22.

¹⁸⁹ TCCH, Rol N° 1.061-2008 de 28 de agosto de 2008, c. 17; Roles N° 1.182-2008, 1.193-2008 de 18 de noviembre de 2008 y Rol N° 1.201-2008 de 18 de diciembre de 2008, c. 21 (por las tres); Rol N° 1.141-2008 de 17 de marzo de 2009, c. 26 y 27, y Rol N° 1.215-2008 de 30 de abril de 2009, c. 27 y 28; Rol N° 1.345-2009 de 25 de mayo de 2009, c. 9 letra B, y asimismo, Rol N° 1.710-2010 de 6 de agosto de 2010, c. 143.

¹⁹⁰ A modo ilustrativo, en TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 22.

¹⁹¹ TCCH, Rol N° 1.463-2009 de 23 de septiembre de 2010, c. 22, y Rol N° 2.071-2011 de 19 de junio de 2012, c. 13.

¹⁹² TCCH, Rol N° 2.071-2011 de 19 de junio de 2012, c. 13, en que el test se plantea así: “*Para examinar la procedencia constitucional de las distinciones establecidas por el artículo 2331 del Código Civil, es necesario, en primer lugar, analizar si la restricción del derecho a la honra persigue un fin legítimo; en segundo lugar, determinar si la norma resulta adecuada e idónea para alcanzar dicho propósito y, por último, clarificar si la diferencia es razonable en relación con el valor del fin propuesto*”.

¹⁹³ TCCH, Rol N° 1.801-2010 de 12 de abril de 2011, c. 20, que afirma: “*Que, para el adecuado análisis del conflicto sub lite, debe examinarse si la norma impugnada es necesaria, o sea, si no hay otra manera, menos lesiva, de alcanzar el objetivo perseguido por el legislador*.”

¹⁹⁴ TCCH, Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008; Rol N° 790-2007 de 11 de diciembre de 2007; Rol N° 1.138-2008 de 8 de septiembre de 2008; Rol N° 1.140-2008 de 15 de enero de 2009; Rol N° 1.414-2009 de 14 de septiembre de 2010; Rol N° 1.818-2010 de 9 de noviembre de 2010 y Rol N° 1.234-2008 de 7 de julio de 2009, c. 13 (por todas).

¹⁹⁵ TCCH, Rol N° 790-2007 de 11 de diciembre de 2007, c. 22: “*(...) 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*

Con todo, la exigua formulación de los aludidos criterios es morigerada en cuatro fallos –todos sobre *Turno gratuito* (2007-2009)– que, no obstante incorporar el críptico pasaje a que hacíamos referencia, hacen suyo el estándar bajo la modalidad empleada por el Tribunal Constitucional español: “[P]ara que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”¹⁹⁶. Es de interés constatar que los fallos citados del TC español se acercan a la versión garantista del estándar, aunque debe señalarse que no es la regla general en la doctrina sostenida por dicha magistratura¹⁹⁷.

Se advierte así que en las contadas ocasiones en que el TC logra aproximarse en términos globales a un test, lo hace bajo la modalidad de exigir la concurrencia de tres requisitos –*finalidad lícita, adecuación y proporcionalidad al fin*–, omitiendo en la casi totalidad de los casos la regla de la *necesidad* y formulando una *proporcionalidad en sentido estricto* sustantivamente diversa a aquella versión adoptada y promovida por la noción optimizadora del estándar, aspecto este al que nos referiremos enseguida.

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 (...)”.

¹⁹⁶ TCCH, Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008, Rol N° 1.138-2008 de 8 de septiembre de 2008, Rol N° 1.140-2008 de 15 de enero de 2009 y Rol N° 1.254-2008 de 29 de julio de 2009, c. 59 (por todas), en que se citan, a su vez, las sentencias 76/1990 de 26 de abril de 1990 y 253/2004 de 22 de diciembre de 2004 del TC español. Asimismo, en TCCH, Rol N° 790-2007 de 11 de diciembre de 2007, c. 21, aunque para no acoger el requerimiento.

¹⁹⁷ Aparte de los autores citados, es útil exhibir la STCE 207/1996 de 16 de diciembre de 1996, que formula la proporcionalidad en sentido estricto, “según doctrina reiterada de este Tribunal”, señalando que es necesario constatar si la medida restrictiva de derechos “es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

B) La adopción de la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto por el Tribunal Constitucional

Habiendo dilucidado el crucial rol que cabe a este subprincipio para efectos de discernir la inserción del test bajo las coordenadas de una concepción “optimizadora” o “garantista”, veremos la modalidad con que dicha exigencia ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional, aunque ya se ha podido divisar que tal exigencia se aproxima derechamente más a la segunda que a la primera versión de la proporcionalidad.

Como ha podido observarse en buena parte de los fallos examinados, este requisito se plantea de una forma que supone que la regulación impuesta por un acto estatal que genera una intervención restrictiva al ejercicio de un derecho fundamental ha de ser “*proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican*”¹⁹⁸, en un sentido casi idéntico, debe ser “*proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue*”¹⁹⁹, o bien “*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*”²⁰⁰.

Esta idea es reiterada por otras sentencias en las que se afirma que es indispensable que las consecuencias derivadas del instrumento regulativo escogido por la autoridad sean “*proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos*”²⁰¹, donde se citan los ya referidos fallos del TC español. Una expresión más lacónica adopta siguiendo el criterio habitualmente utilizado

¹⁹⁸ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 22. En idéntico sentido, Rol N° 1.061-2008 de 28 de agosto de 2008, c. 17; Rol N° 1.262-2008 de 2 de abril de 2009, c. 24 y 26; Rol N° 1.345-2009 de 25 de mayo de 2009, c. 10, y Rol N° 1.710-2010 de 6 de agosto de 2010, c. 143. En sentido análogo, véanse Roles N° 1.463-2009 de 23 de septiembre de 2010 y 2.071-2011 de 19 de junio de 2012, c. 22 y c. 13, respectivamente, en cuanto afirman que debe clarificarse si el tratamiento diferenciado que efectúa el legislador “es razonable en relación con el valor del fin propuesto”.

¹⁹⁹ TCCH, Rol N° 1.182-2008 de 18 de noviembre de 2011; Rol N° 1.193-2008 de 18 de noviembre de 2011 y Rol N° 1.201-2008 de 18 de diciembre de 2008, c. 21 (por todas). Asimismo, en Rol N° 1.345-2009 de 25 de mayo de 2009, c. 10.

²⁰⁰ TCCH, Rol N° 1.046 de 22 de julio de 2008, c. 22; Rol N° 1.061-2008 de 28 de agosto de 2008, c. 17, y Rol N° 1.260-2008 de 7 de mayo de 2009, c. 34; Rol N° 1.204-2008 de 28 de mayo de 2009, c. 10.

²⁰¹ TCCH, Rol N° 755-2007 de 31 de marzo de 2008; Rol N° 1.138-2008 de 8 de septiembre de 2008; Rol N° 1.140-2008 de 15 de enero de 2009 y Rol N° 1.254-2008 de 29 de julio de 2009, c. 59 (por todas). También, en Rol N° 790-2007 de 11 de diciembre de 2007, c. 22.

por el TEDH, al afirmar que “*el medio que importa la restricción sea proporcional a la finalidad perseguida*”²⁰². Un modo adicional de formularlo, y que no altera sustantivamente la extendida noción que el Tribunal ha sostenido con cierta regularidad, expresa la *regla de ponderación* en el entendido de que no es posible “*tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional (...) habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella (...)*”²⁰³.

Como se ha podido constatar, las manifestaciones observadas del requisito en cuestión tienen en común que la legitimidad constitucional de la intervención regulatoria que afecte el contenido de un derecho fundamental viene dada por el equilibrio (o proporción) resultante entre el efecto restrictivo producido en la esfera del derecho involucrado y la obtención de los bienes o beneficios promovidos por la medida adoptada por la autoridad, a condición de que los legítimos resultados esperados por el acto regulatorio sean “*tolerables a quienes las padezcan*” o no devengan en “*resultados especialmente gravosos o desmedidos*” para los titulares de los derechos fundamentales afectados.

Es notorio así, que la exigencia configurada por el TC chileno se aviene bastante con aquella formulada y adoptada por la concepción garantista del test antes que con su versión optimizadora. Esto es claro en lo que el Tribunal hace y deja de hacer: por una parte, se enfatiza explícitamente en varios casos que los resultados buscados por la autoridad al intervenir regulativamente un derecho fundamental no deben ser intolerables, gravosos o desmedidos para sus titulares y, por otro lado, el TC omite casi sin excepción acuñar un lenguaje de tinte optimizador que promueva la satisfacción de un interés público a total expensas de un derecho fundamental.

VII. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS: ¿FUNCIÓN ANÁLOGA A LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO?

¿Qué motivos justifican incorporar en el análisis del test de proporcionalidad una variable que no es parte integrante de este estándar? Ya la función que desempeña *in abstracto* la garantía reconocida en el artículo 19 N° 26 de la Carta

²⁰² TCCH, Rol N° 1.365-2009 de 8 de abril de 2010, c. 23, con referencia a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Leander vs. Suecia”; “Silver y otros vs. Reino Unido”, “Sunday Times con Reino Unido”, y del Tribunal Constitucional español: 66/1985 de 23 de mayo de 1986; 8/1992 de 16 de enero de 1992 y 207/1996 de 16 de diciembre de 1996.

²⁰³ STCCH, Rol N° 790-2007 de 11 de diciembre de 2007, c. 22.

Fundamental, como límite de las limitaciones a los derechos lo justificaría. Si el test se refiere a la interrelación entre las potestades públicas y los derechos fundamentales, creemos relevante abordar el rol que ha jugado para el TC una garantía que precisamente contribuye a delimitar la tensión generada entre el *poder* y los *derechos* en los casos en que dicha magistratura ha acudido a la proporcionalidad.

Si el motivo señalado no es suficientemente persuasivo –atendidas las distintas visiones sobre el rol de esta garantía–, parece de todos modos insoslayable su abordaje considerando que el TC efectivamente la emplea en buena parte de los casos en que efectivamente recurre al test. Además, creemos crucial verificar si luego de haberse examinado, con mayor o menor pertinencia, las exigencias del test, la cláusula del contenido esencial ha cumplido una función complementaria a la proporcionalidad (como exigencia adicional a las reglas del test), o bien el rol que el artículo 19 N° 26 ha desempeñado es equivalente o análogo a la noción *garantista*, en cuanto a que debe siempre procurar que la intervención gubernamental no sea excesiva y logre un justo equilibrio entre el interés público y los derechos, cuidando, en cualquier caso, que al estar en juego derechos sensibles, dicha regulación no llegue al punto de tener que sacrificar por entero al derecho afectado²⁰⁴.

Cuando el TC comienza a utilizar el test con mayor propiedad (año 2008), ya tenía incorporado desde hace años en su análisis sobre la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos la garantía constitucional del artículo 19 N° 26 de la Constitución, que prohíbe “*afectar los derechos en su esencia*” e “*imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*” con ocasión del control de constitucionalidad o de la aplicación (acción de inaplicabilidad) de preceptos legales que pudieran interferir en la esfera tutelada por los derechos fundamentales afectados por la regulación²⁰⁵, por lo que su empleo no llama la atención. Lo interesante es el rol que desempeña una vez que ha entrado en escena el test de proporcionalidad.

En 2006²⁰⁶ –empleando parcialmente el test–, los cinco ministros que estuvieron por acoger el requerimiento estimaron que si bien el legislador es soberano para escoger los medios idóneos para alcanzar un fin lícito, en este caso, procurar

²⁰⁴ Esta misma indisponibilidad del núcleo de los derechos la asumen algunos autores en la tutela de derechos en materia laboral: MELIS (2009), p. 102, y FERRADA y WALTER (2011), p. 105, a modo ejemplar.

²⁰⁵ A modo ejemplar, la jurisprudencia citada por NAVARRO y CARMONA (2012), pp. 263-267.

²⁰⁶ TCCH, Rol N° 546-2006 de 17 de noviembre de 2006, ocasión en que se rechazó la acción de inaplicabilidad al no obtenerse el quórum exigido por la Carta Fundamental, por haber existido empate.

la eficacia de la actividad sancionatoria de la Administración, se añade que “*al escoger tales mecanismos, el legislador se encuentra limitado por el derecho de las personas que establece la Carta Fundamental, según lo obligan los artículos 1º y 5º de la Carta Fundamental y debe evitar que su actuar afecte, más allá de lo necesario, los derechos fundamentales o impida su libre ejercicio, (artículo 19 N° 26), como puede llegar a ocurrir con la norma en examen, en que el legislador lo somete a exigencias que pueden llegar a hacerlo irrealizable o entrabarlos más allá de lo razonable, conforme a las condiciones financieras del reclamante*”²⁰⁷. Esta posición ha tenido lugar en casi la totalidad de los restantes pronunciamientos de *Solve et repete*²⁰⁸ y ha sido reiterada hasta nuestros días, como se advierte en *Artículo 2331 C. Civil* (2012)²⁰⁹.

Es interesante constatar que para el Tribunal la garantía del artículo 19 N° 26 de la Carta –con test de proporcionalidad de por medio– sigue desempeñando un rol crucial en la delimitación de las potestades públicas regulatorias o limitativas de los derechos fundamentales, comoquiera que al adoptarse por la autoridad las medidas que estime conveniente para la satisfacción de necesidades públicas, aquéllas no podrán someterlos a regulaciones, condiciones, tributos o requisitos que no respeten “*la esencia del derecho*” intervenido, “*lo sometan a exigencias que pueden hacerlo irrealizable*” (que “*impidan su libre ejercicio*”) o lo entraben “*más allá de lo razonable*”.

Más allá de la declaración lírica sobre el alcance que el TC brinda a la aludida disposición, es clave observar que en algunas sentencias la infracción a esta cláusula ha configurado en sí misma un incumplimiento similar o equivalente a la *proporcionalidad en sentido estricto*. En esta hipótesis, el artículo 19 N° 26 cumple una *función análoga* a la proporcionalidad en sentido estricto entendida bajo la modalidad garantista²¹⁰, ejerciendo un *rol sustitutivo* de la noción optimizadora.

Así, en *Solve et repete IV* (2008), el Tribunal sostuvo que al inhibirse, mediante la obligación de consignar previamente el monto de la multa, el reclamo judicial de ésta, “*se obtiene ese resultado a un costo que no resulta proporcional, como lo es*

²⁰⁷ TCCH, Rol N° 546-2006 de 17 de noviembre de 2006, c. 20.

²⁰⁸ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 22, y Rol N° 1.061 de 28 de agosto de 2008.

²⁰⁹ TCCH, Rol N° 2.071-2011 de 19 de junio de 2012, c. 21, en que sostuvo que “*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*”.

²¹⁰ Es probable que la noción garantista se asemeje mucho a la idea de HABERLE (2003), p. 58, quien observa el contenido esencial como límite inmanente a los derechos fundamentales, pero este análisis rebasa por ahora el objeto de este artículo.

*el de impedir la reclamación del sancionado en sede judicial*²¹¹. Por su parte, en *Sentencia de inconstitucionalidad del turno gratuito* (2009), habiéndose estimado incumplidas las exigencias de idoneidad²¹² y de necesidad²¹³, el TC afirmó que “*la licitud de los fines perseguidos por el legislador no justifica ni puede permitir el empleo de medios gravosos y desproporcionados, que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional*”²¹⁴.

Otro caso de *función análoga* se advierte con nitidez en *Artículo 2331 C. Civil* (2012), en el que el TC afirma que la norma cuestionada “*resulta desproporcionada, al impedir de modo absoluto y a priori la indemnización del daño moral cuando se estima lesionado el crédito u honra de una persona por imputaciones injuriosas. Se afecta, así, en su esencia un derecho amparado por la Constitución (artículo 19 N° 4°), vulnerando lo prescrito por el artículo 19 N° 26° de la Carta Fundamental*”²¹⁵. Similar *función análoga* de la referida cláusula se observa en otra sentencia en la que la Magistratura estimó desestimar la acción de inaplicabilidad, atendido que los derechos afectados “*no han sido impedidos en su ejercicio ni entrabados en grado intolerable*”²¹⁶.

Al entenderse que el precepto legal cuestionado “*resulta desproporcionado*” por vulnerar el derecho a la honra, por impedir el derecho de acceso a la justicia o por afectar en el contenido esencial de la libertad de trabajo, la infracción al artículo

²¹¹ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 25.

²¹² TCCH, Rol N° 1.254-2008 de 29 de julio de 2009, c. 61: “*Que la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuidad– sin duda se transforma en gravoso, máxime si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contra-prestación pecuniaria alguna a atender numerosos asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que se tornará en una situación imposible de acometer, y aun de ejecutar de manera satisfactoria e idónea*”. En similar sentido, c. 65.

²¹³ TCCH, Rol N° 1.254-2008 de 29 de julio de 2009, c. 61: “*Como se aprecia, para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no están en condiciones de procurársela por sí mismos, el legislador puede emplear el medio –por cierto excepcional y supletorio– de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional. Así, tal carga de gratuidad no aparece ni se justifica como un medio necesario para alcanzar el fin constitucional perseguido*”.

²¹⁴ TCCH, Rol N° 1.254-2008 de 29 de julio de 2009, c. 75. El c. 65 ya había adelantado la misma idea de que si la carga pública “*se impone gratuitamente, se transforma irremediablemente en un medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni supone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna*”.

²¹⁵ TCCH, Rol N° 2.071-2011 de 19 de junio de 2012, c. 21. Análogamente, Rol N° 1.463-2009 de 23 de septiembre de 2010, c. 37, sobre el mismo asunto.

²¹⁶ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 16.

19 N° 26 logra configurar en sí misma un incumplimiento a la exigencia de *proporcionalidad en sentido estricto*, de modo similar a la noción garantística del test en su versión británica. No tiene lugar ningún examen acerca de si la intervención padecida por los derechos invocados podría verse compensada por el beneficio supuestamente promovido por la ley –v. gr., la eficacia de la actividad sancionatoria de la administración, en el primer caso, o asegurar el acceso gratuito a la justicia, en el segundo—. Bajo este último aspecto en sentido negativo, la aludida cláusula evoca más bien a la noción adoptada por el TEDH.

Más aún: en las ocasiones expuestas el TC estimó que impedir el ejercicio de los aludidos derechos fundamentales o infringir su contenido esencial “*es desproporcionado*” en sí mismo, sin consideraciones ulteriores. En *Solve et repete IV* (2008) fue categórico en señalar que “[n]inguno de esos objetivos [constitucionalmente legítimos] puede justificar razonablemente tan severa restricción al derecho de acceder a la justicia”²¹⁷, y de manera similar lo sostuvo en el segundo caso, al expresar que “*el fin perseguido no exige ni supone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna*”²¹⁸. En esta aproximación no consecuencialista de operar hay una gran afinidad con la noción garantista, que asume que el test fracasa cuando el resultado de la regulación es *excesivo y desmedidamente gravoso* para los derechos en juego, con prescindencia de lo imperativo o relevante que pueda ser satisfacer el fin de política pública promovido por la autoridad. Así, la infracción de la referida garantía constitucional cualifica el resultado de la proporcionalidad en sentido estricto y, a la postre, del test²¹⁹.

En *Ley de Concesiones* (2006)²²⁰ se apreció una función *análoga* incipiente, una vez operado parcialmente el test. Al razonarse que el derecho invocado por el requirente (propiedad) ha sido legítimamente afectado por la prevalencia del interés público, representado por “*todo el sistema de concesiones con su importante aporte a la solución del déficit de la infraestructura*”²²¹, se explica que el fallo luego afirme que la “*limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se preten-*

²¹⁷ TCCH, Rol N° 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, c. 24.

²¹⁸ TCCH, Rol N° 1.254-2008 de 29 de julio de 2009, c. 65.

²¹⁹ ARNOLD, MARTÍNEZ y ZUÑIGA (2012), pp. 95 y ss., ilustran varios casos del TC en que el test opera “como criterio de control del respeto al contenido esencial de los derechos”.

²²⁰ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 15.

²²¹ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 16: “(...) si llegase a masificarse la práctica del no pago de las tarifas ‘todo el sistema de concesiones, con su importante aporte a la solución del déficit de la infraestructura’, se pondría en serias dificultades”.

*de alcanzar, por razón de bien común*²²². No obstante haberse argumentado en clave utilitarista en lo que respecta a la relación entre el derecho intervenido y la finalidad pública perseguida, el sentenciador estima que la limitación impuesta es constitucionalmente legítima no sólo a la luz de la *idoneidad* del fin promovido por la ley, sino también porque “[d]e lo razonado aparece, pues, que los derechos constitucionales pertinentes no han sido impedidos en su ejercicio ni entrabados en grado intolerable”²²³ como para que este resultado configure una infracción al N° 26 del artículo 19 de la Constitución.

Así, bajo la *función análoga* de esta garantía no es suficiente dar por cumplido el test (o parte de éste) para que la limitación a un derecho fundamental se tenga por constitucionalmente legítima. A la sentencia no le basta invocar el “*fin legítimamente perseguido*” para justificar la afectación de los derechos en juego. Es necesario, además, que la aludida intervención al derecho explícitamente no vulnere el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

Es evidente que el TC no ha adoptado el test como un criterio de adjudicación universal, aunque sí existe un patrón estable de su empleo más o menos efectivo en la casi totalidad de las declaraciones de inconstitucionalidad, en circunstancias de que en estos casos el quórum es mayor que en las inaplicabilidades, por lo que no habría habido impedimento numérico para que se hubiese acudido al estándar en otras ocasiones.

Asimismo, parece claro que la semejanza constatada entre el TC, el TEDH y la Cámara de los Lores no es deliberada, en cuanto podría pensarse que el primero ha tenido como modelo a dichas experiencias comparadas. Ello, por el contrario, ha tenido lugar más bien por el rechazo compartido de todos ellos a utilizar un test de proporcionalidad en clave utilitarista, por lo que también han sido renuentes a asumir un lenguaje optimizador, que supone una aproximación sobre los derechos fundamentales que dista bastante de aquella que subyace en las aludidas instancias judiciales. A esta semejanza contribuye la constatación de que en las ocasiones en que el TC se ha valido de la *proporcionalidad en sentido estricto*, lo ha hecho teniendo en mente el artículo 19 N° 26 de la Constitución, del modo como lo ha entendido hasta ahora²²⁴.

²²² TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 15.

²²³ TCCH, Rol N° 541-2006 de 26 de diciembre de 2006, c. 16.

²²⁴ NOGUEIRA (2010), p. 403, concluyó en el mismo sentido, 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*

VIII. CONCLUSIONES

1. Puede afirmarse que el TC no emplea el test de proporcionalidad. Sólo se ha acudido a dicho estándar marginalmente desde que por primera vez intentó aplicarlo el año 2006. Dicho método sólo ha participado, con mayor o menor pertinencia, en un 9,39% del total de sentencias de inaplicabilidad, de inconstitucionalidad y de control preventivo de constitucionalidad pronunciadas desde entonces.

2. Su relevancia se reduce más todavía si se considera que en un 64,41% de las 118 sentencias de inaplicabilidad, la proporcionalidad no ha sido efectivamente aplicada a pesar de haber sido explícitamente invocada por el sentenciador (casos *Artículo 38 ter de la Ley de Isapres*) y, en el saldo restante, el test habitualmente ha operado mínima o incidentalmente, por lo que su influjo es más decorativo que real.

3. Aquellas ocasiones en que la proporcionalidad ha sido explícitamente formulada y efectivamente aplicada corresponden a un 0,66% (9) del total de sentencias (1.362) pronunciadas por el TC, en las materias señaladas, desde el 2006, lo que a su vez representa un escaso 7,33% de los 128 fallos que se refieren al test en sentido amplio. Los casos excepcionales en buena medida dicen relación con sentencias de inaplicabilidad, muchos de los cuales han contribuido a la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado.

4. No existe un solo test de proporcionalidad, por lo que si se alude a él, debe explicitarse a cuál modalidad se refiere. El Derecho comparado exhibe dos grandes concepciones sobre la proporcionalidad: la noción *optimizadora*, acuñada por el TC alemán, promovida por Alexy y parte de la doctrina y jurisprudencia europea continental como de Latinoamérica, y la noción *garantista*, operativa en el TEDH, como también en el Reino Unido, luego de la recepción llevada a cabo por el Derecho británico a partir del año 2001.

5. En las contadas ocasiones en que el TC chileno ha acudido efectivamente al test, éste ha sido invocado y aplicado bajo una modalidad materialmente similar, aunque formalmente diversa, a aquella observada por el TEDH y por la Cámara de los Lores (previamente expuesta en punto II). La fórmula asume el test en tres exigencias (prácticamente sin la regla de *necesidad*) y en ella la *proporcionalidad en sentido estricto* persigue evitar resultados que sean intolerables o excesivos para los derechos afectados, función para la cual se acude a la garantía constitucional

doctrina institucional de dicho contenido esencial de los derechos". ARNOLD, MARTÍNEZ y ZÚÑIGA (2012), p. 96, reconocen que en este resultado "probablemente han influido (...) los claros términos del mandato del artículo 19 N° 26 de la Constitución".

del artículo 19 N° 26, que admite intervenciones legales en los derechos, a condición de que tales regulaciones no afecten los derechos en su esencia o impidan su libre ejercicio.

6. Para el TC el test de proporcionalidad es un criterio de adjudicación, no universal, en cuya virtud los derechos fundamentales admiten regulaciones en beneficio de la satisfacción o promoción de finalidades constitucionalmente legítimas (bien común, interés público o manifestaciones de éste), siempre que dichas intervenciones sean “*tolerables a quienes las padezcan*” o no devengan en “*resultados especialmente gravosos o desmedidos*” para los titulares de los derechos fundamentales afectados.

7. El éxito o fracaso del estándar se juega en última instancia en el respeto a la garantía del artículo 19 N° 26 de la Constitución, por lo que esta disposición cumple un rol materialmente análogo al que se le atribuye a la *proporcionalidad en sentido estricto* en las versiones alternativas del test. Así, el TC entiende que un precepto legal “*resulta desproporcionado*” al vulnerar los derechos o afectar su contenido esencial, con lo cual la infracción al artículo 19 N° 26 configura en sí mismo un incumplimiento a la exigencia de *proporcionalidad en sentido estricto*, de modo similar a la noción garantística del test en su versión británica.

8. En los pocos casos en que el estándar ha sido efectivamente empleado, el TC ha entendido que un acto estatal es proporcionado si los legítimos resultados promovidos por la autoridad pueden obtenerse con medidas que –junto con perseguir el bien común y ser idóneas para ello– no sacrifiquen por entero los derechos sujetos a regulación o que las intervenciones en éstos sean tan gravosas o desmedidas que equivalgan a desconocer el contenido esencial de tales derechos o a impedir su libre ejercicio. Tampoco hay lugar para examen utilitarista alguno, conforme al cual el sacrificio padecido por algún derecho fundamental invocado pueda verse compensado por el beneficio público perseguido por el acto estatal.

9. Es coherente el TC cuando ha omitido deliberadamente invocar y aplicar la proporcionalidad, pues es evidente que no la concibe (como Alexy y sus seguidores) como un método universal de adjudicación constitucional. Esto, sin embargo, no lo libera del error manifiesto en que ha incurrido en aquellos casos en que lo ha proclamado como estándar pertinente y luego no se hace cargo de él.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, Robert (2009): “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (N° 11, enero-junio), pp. 3-14.

- _____ (2003): “On balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Juris*, vol. 16 N° 4, pp. 433-449.
- _____ (2002a): *A Theory of Constitutional Rights* (New York, Oxford University Press), 462 pp.
- _____ (2002b) “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales” (trad. de Carlos Bernal Pulido), en *Revista Española de Derecho Constitucional* (vol. 66), pp. 13-64.
- _____ (1994): “Derechos individuales y bienes colectivos”, en *El Concepto y la Validez del Derecho* (Barcelona, Gedisa), 208 pp.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2011): *Judicial review of commercial regulation* (Oxford, Oxford University Press), 232 pp.
- ARAUJO RENTERÍA, Jaime (2006): “Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales”, en *Crítica Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, pp. 853-877.
- ARNOLD, Rainer; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (vol. 10 N° 1), Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 65-116.
- BARAK, Aharon (2012): *Proportionality* (Cambridge, Cambridge University Press), 611 pp.
- BARNES, Javier (1994): “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública* (vol. 135), pp. 495-538.
- _____ (1998): “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público* (vol. 5), pp. 15-49.
- BEATTY, David M. (2004): *The Ultimate Rule of Law* (New York, Oxford University Press), 193 pp.
- BENVINDO, Juliano Zaiden (2010): “On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism” (Berlin, Springer), 421 pp.
- BERTELSEN, Soledad (2010): “Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (N° 42), pp. 13-108.
- BIDART CAMPOS, Germán José (1984): *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales* (Buenos Aires, Ediar), 107 pp.
- BURGA, Angélica María (2012): “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Gaceta Constitucional* (N° 47), pp. 253-267.

- CHRISTOFFERSEN, Jonas (2009): *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights* (Leiden, Martinus Nijhoff Publishers), 668 pp.
- CLAYTON, Richard y TOMLINSON, Hugh (2000): *The Law of Human Rights* (Oxford, Oxford University Press), 298 pp.
- COHN, Margit (2010): “Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom”, en *The American Journal of Comparative Law* (vol. 58), pp. 583-629.
- CONESA LABASTIDA, Luisa (2010): “La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de Igualdad”, en *Revista de Derecho Público* (Nº 77), UNED, pp. 351-377.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2013): “La renuencia del Derecho británico a la regla optimizadora en el test de proporcionalidad (y la constatación del mismo resultado en el Tribunal Constitucional chileno)”, en David Ortiz y Katty Aquize (coord.): *Tendencias Actuales del Estado Constitucional Contemporáneo*, T. V (Lima, Ara Editores), pp. 471-501.
- _____ (2012a): “La desproporción del test de proporcionalidad. Aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39 Nº 2), pp. 447-480.
- _____ (2012b): “Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 38), pp. 499-541.
- CRAIG, Paul P. (2003): *Administrative Law* (London, Sweet & Maxwell), 1045 pp.
- DE BÚRCA, Gráinne (1997): “The Influence of European Legal Concepts on UK Law: Proportionality and Wednesbury Unreasonableness” (vol. 3) (4) *European Public Law*, pp. 561-586.
- DÍAZ GARCÍA, Iván L. (2011): “Aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. 36), pp. 167-206.
- DWORKIN, Ronald (1984): “Rights as Trumps”, en Jeremy Waldron (ed.): *Theories of Rights* (Oxford University Press), pp. 153-167.
- EMILIOU, Nicholas (1996): *The principle of proportionality in European law: a comparative study* (London, Kluwer Law International), 320 pp.

- FASSBENDER, Bardo (1998): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Derecho Público* (vol. 5), pp. 51-73.
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2009): *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad* (Madrid, Dykinson), 324 pp.
- FERRADA, Juan Carlos y WALTER, Rodolfo (2011): “La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral”, en *Revista de Derecho* (Valdivia) (vol. 24), pp. 91-111.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2009): “Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la Defensa Nacional”, en *Estudios Constitucionales* (vol. 7), Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 137-175.
- GRIMM, Dieter (2007): “Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence”, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 57, pp. 383-395.
- HABERLE, Peter (2003): *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* (Madrid, Dykinson), 240 pp.
- HARBO, Tor-Inge (2010): “The Function of the Proportionality Principle in EU Law”, en *European Law Journal*, vol. 26 N° 2, pp. 158-185.
- HARTWIG, Matthias (2010): “La ‘Proporcionalidad’ en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y otros (coord.): *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Tomo I), México, pp. 781-791.
- HICKMAN, Tom (2007): “Proportionality: Comparative Law Lessons”, en *Judicial Review* (vol. 31), pp. 31-55.
- JOWELL, Jeffrey (1996): “Is Proportionality an Alien Concept?”, en *European Public Law* (vol. 2) (3), pp. 401-411.
- KUMM, Mattias (2010): “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights Based Proportionality Review”, en *Law & Ethics Human Rights* (vol. 4 N° 1), pp. 142-175.
- LEPSIUS, Oliver (2006): “Human dignity and the downing of aircraft: the German Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the New Air-Transport Security Act”, en *German Law Journal* (vol. 7 N° 9), pp. 771-776.
- LESTER, Anthony y PANNICK, David (2004): *Human Rights: Law and Practice* (London, Butterworths Law), 716 pp.

- LE SEUR, Andrew (2005): “The Rise and Ruin of Unreasonableness?”, en *Judicial Review* (vol. 10 N° 1), pp. 32-51.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2011): “El Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales* (vol. 9 N° 1), Centro Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 199-226.
- MAURER, Hartmut (2006): *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16 ed. (München, Beck), 855 pp.
- MCHARG, Aileen (1999): “Reconciling Human Rights and the Public Interest: conceptual problems and doctrina uncertainty in the jurisprudence of the European Court of Human Rights”, en *The Modern Law Review* (vol. 62), pp. 671-696.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio (2007): *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), 64 pp.
- MELIS VALENCIA, Cristián (2009): *Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales* (Santiago, Legal Publishing), 154 pp.
- NAVARRO, Enrique y CARMONA, Carlos (2012): *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*, 600 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en Carbonell, Miguel (coordinador): *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (Santiago, Librotecnia), pp. 353-403.
- _____ (2011): “El uso del postulado de la proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Libertad de Expresión” en *Estudios Constitucionales* (Año 9 N° 1), pp. 119-156.
- PERELLO DOMENECH, Isabel (1997): “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, en *Jueces para la Democracia* (vol. 28), pp. 70 y ss.
- PEREIRA SÁEZ, Carolina (2004): “Una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (vol. 8), pp. 1043-1062.
- POSNER, Richard (1979): “Utilitarianism Economics, and Legal Theory”, en *Journal of Legal Studies* (vol. 8 N° 1), pp. 103-140, traducido al castellano

- por *Estudios Públicos* (vol. 69) (1998): http://www.cepchile.cl/1_1088/doc/utilitarismo_economia_y_teoría_del_derecho.html
- RIVERS, Julian (2006): “Proportionality and variable intensity of review”, en *Cambridge Law Journal* (vol. 65 N° 1), pp. 174-207.
- RUIZ RUIZ, Ramón y DE LA TORRE MARTÍNEZ, Lourdes (2011): “Algunas aplicaciones e implicancias del principio de proporcionalidad”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (N° 14), pp. 27-44.
- SADURSKI, Wojciech (2008): *Rights Before Courts. A study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (Dordrecht, Springer), 376 pp.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén (2009): “Recepción Jurisprudencial del Principio de Proporcionalidad en México”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (vol. 21, julio-diciembre), pp. 471-489.
- SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), 665 pp.
- STEIN, Thorsten (2005): “Proportionality Revisited - Überlegungen zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit in internationalen Recht”, en *Weltinnen_recht: liber amicorum Jost Delbrück/Herausgegeben von Klaus Dicke [et al.]* (Berlin, Duncker & Humblot), pp. 727-738.
- STONE, Alec y MATHEWS, Jud (2009): “Proportionality balancing and global constitutionalism”, en *Columbia Journal of Transnational Law* (vol. 47), pp. 73-163.
- ŠUŠNJAR, Davos (2010): *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers* (Leiden, Nijhoff Publishers), 389 p.
- WADE, William y FORSYTH, Christopher (2004): *Administrative Law* (Oxford, Oxford University Press), 1130 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Handyside v. United Kingdom* (1976): de 7 de diciembre de 1976 (asunto 5493/72).
- Ireland v. United Kingdom* (1978): de 18 de enero de 1978 (asunto 5310/71).
- Sunday Times v. United Kingdom* (1979): de 26 de abril de 1979 (asunto 6538/74).
- Dudgeon v. United Kingdom* (1981): de 22 de octubre de 1981 (asunto 7525/76).
- Sporrong and Lönnroth v. Sweden* (1982): de 23 de septiembre de 1982 (asunto 7151/75, 7152/75).

- Van der Musselle v. Belgium* (1983): de 23 de noviembre de 1983 (asunto 8919/80).
- Abdulaziz v. United Kingdom* (1985): de 28 de mayo de 1985 (asuntos 9214/80, 9473/81, 9474/81).
- Ashingdane v. United Kingdom* (1985): de 28 de mayo de 1985 (asunto 8225/78).
- Lithgow v. United Kingdom* (1986): de 24 de junio de 1986 (asuntos 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81).
- Lingens v. Austria* (1986): de 8 de julio de 1986 (asunto 9815/82).
- Silver and others vs. United Kingdom* (1982): de 24 de septiembre de 1982 (asuntos 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75).
- Leander v. Sweden* (1987): de 26 de marzo de 1987 (asunto 9248/81).
- Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden* (1989): de 7 de julio de 1989 (asunto 10873/84).
- Hentrich v. France* (1994): de 22 de septiembre de 1994 (asunto 13616/88).
- Holy Monasteries v. Greece* (1994): de 9 de diciembre de 1994 (asuntos 13092/87, 13984/88).
- Air Canada v. the United Kingdom* (1995): de 5 de mayo de 1995 (asunto 18465/91).
- McCann and others v. United Kingdom* (1995): de 27 de septiembre de 1995 (asunto 18984/91).
- Goodwin v. United Kingdom* (1996): de 27 de marzo de 1996 (asunto 17488/90).
- Wingrove v. United Kingdom* (1996): de 25 de noviembre de 1996 (asunto 17419/90).
- Tinnelly & Sons Ltd. v. United Kingdom* (1998): de 10 de julio de 1998 (asunto 20390/92).
- Fressoz y Roire v. France* (1999): de 21 de enero de 1999 (asunto 29183/95).
- Selmounic v. France* (1999): de 29 de julio de 1999 (asunto 25803/94).
- The Former King of Greece and Others v. Greece* (2000): de 23 de noviembre de 2000 (asunto 25701/94).
- Conka v. Belgium* (2002): de 5 de febrero de 2002 (asunto 51564/99).
- Fretté v. France* (2002): de 26 de mayo de 2002 (asunto 36515/97).
- Luordo v. Italy* (2003): de 17 de julio de 2003 (asunto 32189/96).
- Karner v. Austria* (2003): de 24 de octubre de 2003 (asunto 40016/98).
- Von Hannover v. Germany* (2004): de 24 de septiembre de 2004 (asunto 59320/00).
- Abdullah v. Turkey* (2006): de 19 de octubre de 2006 (asunto 66354/01).
- Lautsi v. Italy* (2011): de 18 de marzo de 2011 (asunto 30814/06).

Tribunal Europeo de Justicia

R. v. Minister for Agriculture, Fisheries and Food Exp. Fedesa (1990): de 8 de marzo de 1990, C-331/88, E.C.R.I-4023.

Corte Suprema de Canadá

Regina v. Oakes (1986): de 28 de febrero de 1986, Caso N° 17550, 1 S.C.R. 103.

Suresh v. Canadá (Minister of Citizenship and Immigration) (2002): de 11 de enero de 2002, Caso N° 27790, S.C.R. 1, 3.

Sauvé v. Canadá (Chief Electoral Officer) (2002): de 31 de octubre de 2002, Caso N° 27677, 3 S.C.R. 519, 2002 S.C.C. 68.

Cámara de los Lores y Consejo Privado de la Corona británica

Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury (1947): de 10 de noviembre de 1947, 1 K.B. 223.

De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Land and Housing (1998): de 30 de junio de 1998, N° 42 1997, 1 A.C. 69.

R (Alconbury Developments Ltd.) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions (2001): de 9 de mayo de 2001, 2 A.C. 295, UKHL 23.

Regina v. Secretary of State for the Home Department (2001): de 23 de mayo de 2001, 2 A.C. 532, UKHL 26.

R. (Pro-Life Alliance) v. British Broadcasting Corporation (2003): de 15 de mayo de 2003, 1 A.C. 185, [2003] UKHL 23.

R (Razgar) v. Secretary of State for the Home Department (2005): de 17 de junio de 2004, 2 A.C. 368, UKHL 27.

A v. Secretary of State for the Home Department (2005): de 8 de diciembre de 2005, 2 A. C. R. 68, UKHL 56.

A v. Secretary of State for the Home Department (2005): de 8 de diciembre de 2005, 2 W. L. R. 87, UKHL 71.

Kay v. Lambeth London Borough Council (2006): de 8 de marzo de 2006, 2 A.C. 465, UKHL 10.

Huang v. Secretary of State for the Home Department (2007): de 21 de marzo de 2007, 2 A.C. 167, UKHL 11.

Re G (Adoption: Unmarried Couple) (2008): de 18 de junio de 2008, 1 A.C. 173, UKHL 32.

Tribunal Constitucional español

- Recurso previo de inconstitucionalidad núm. 872/1984, interpuesto por don José M. R. G. y 53 diputados más, contra el texto definitivo de la proposición de Ley orgánica derogatoria del capítulo II del Título VI de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, de 23 de mayo de 1985 (1985) Nº 66/1985. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/446>.
- Recurso de inconstitucionalidad 695/1985 y cuestiones de inconstitucionalidad 889/1988 y 1.960/1988 (acumulados), interpuesto el primero por 60 senadores y promovidas las segundas, respectivamente, en relación con determinados preceptos de la Ley Nº 10/1985, de 26 de abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, de 26 de abril de 1990 (1990) Nº 76/1990. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1501>.
- Recurso de amparo Nº 1.809/88, interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras contra el Real Decreto 518/1987, de 15 de abril, sobre prestación de servicios mínimos por “Unión Eléctrica Fenosa, Sociedad Anónima”, y contra la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1988, de 16 de enero de 1992 (1992) Nº 8/1992. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1895>.
- Recurso de amparo Nº 1.789/96, interpuesto por don Jesús Belluga López contra el Auto del Juzgado de Instrucción Nº 1 de Roquetas de Mar (Almería), de 9 de febrero de 1996, dictado en el sumario núm. 7/95, por el que se ordena la práctica de una intervención corporal y consiguiente prueba pericial sobre el pelo del recurrente, de 16 de diciembre de 1996 (1996) Nº 207/1996. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3259>.
- Cuestión de inconstitucionalidad Nº 2045/98, planteada por el Juzgado de lo Social Nº 1 de Pontevedra respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la versión del texto refundido de 24 de marzo de 1995, de 22 de diciembre de 2004 (2004) Nº 253/2004. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5258>.
- Begoña Sánchez Espinosa v. Dirección General de Seguridad Ciudadana de Barcelona, de 9 febrero de 2009 (2009) Nº 37/2009. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6456>.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania

- Ley de Farmacias* (1958): BVerfG 7, 377, de 11 de junio de 1958, SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), p. 316.
- Asesinatos de soldados de Lebach* (1973): BVerfG 35, 202, de 5 de junio de 1973, SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), p. 251.
- Ley sobre Asesoría Jurídica* (1976): BVerfG 41, 378, de 25 de febrero de 1976, SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), p. 326.
- Interrupción del embarazo II* (1993): BVerfG 88, 203, de 28 de mayo de 1993, SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), p. 121.
- Caso Cannabis* (1994): BVerfG 90, 145, de 9 de marzo de 1994, SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), p. 105.
- Los soldados son asesinos* (1995): BVerfG 93, 266, de 10 de octubre de 1995, SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), p. 219.
- Publicidad del tabaco* (1997): BVerfG 76, 196 [207]; 85, 248 [259], de 22 de enero de 1997, SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), p. 347.
- Grabación de conversaciones telefónicas* (2002): BVerfG 106, 28, de 9 de octubre de 2002, SCHWABE, Jürgen (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe* (Berlín, Konrad Adenauer Stiftung), p. 85.
- Ley Antiterrorista* (2006): BVerfG - Federal Constitutional Court, 59 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT (NJW) 751; LEPSIUS, Oliver (2006): "Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Consti-

tutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security A.c., en *German Law Journal*, vol. 7 N° 9, pp. 771-776.

Tribunal Constitucional de Chile

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538 (2006): Rol N° 546-2006, de 17 de noviembre de 2006, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jacobo Kravetz Miranda, respecto del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, en la causa Rol N° 9059-06 seguida ante el 8° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=127>.

Ley de Concesiones (2006): Rol N° 541-2006, de 26 de diciembre de 2006, requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto del inciso primero del artículo 42 del D.F.L. N° 164, de 1991 (Ley de Concesiones), en relación con la causa caratulada “Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantenición Track S.A.”, Rol N° 2097-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=129>.

Sobre Inaplicabilidad de Artículos de las leyes 18.549 y 18.669 (2007): Rol N° 790-2007, de 11 de diciembre de 2007, requerimiento de inaplicabilidad presentado por Fernando Coloma Reyes y otros, respecto del artículo 4° de la Ley N° 18.549 y del artículo 29 de la Ley N° 18.669 en la causa caratulada “Lagos, Hipólito y otros con INP”, Rol N° 18.828-06, seguida ante el 7° Juzgado Civil de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=19>.

Inaplicabilidad artículo 509 Código de Procedimiento Penal (2007): Rol N° 784-2007, de 20 de diciembre de 2007, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Patricio Cereceda Truan, respecto del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, en la causa Rol N° 2-2007, de la que conoce actualmente la Corte Suprema; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1252>.

Inaplicabilidad del artículo 171 del Código Sanitario (2008): Rol N° 792-2007, de 3 de enero de 2008, requerimiento de inaplicabilidad presentado por Hernán Pfeifer Frenz y Paulina Alegría Madrid y Carmen Polanco Lazo, respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en los autos caratulados “Pfeifer Frenz con Instituto de Salud Pública”, Rol

- Nº 14980-2006, en el 11º Juzgado Civil de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=728>.
- Artículo 450 inciso primero Código Penal* (2008): Rol Nº 829-2007 de 6 de marzo de 2008, solicitud de pronunciamiento y decisión del Juez Presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, respecto de la inaplicabilidad del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en relación con el artículo 19, número 3º, de la Constitución Política de la República, en la causa RUC 0600911246-2, RIT Nº 164-2007, de ese tribunal; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=852>.
- Turno gratuito* (2008): Rol Nº 755-2007 de 31 de marzo de 2008, requerimiento de inaplicabilidad presentado por el abogado Sergio Toloza Rodríguez y el Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., don Sergio Urrejola Monckeberg, en su representación, respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en la causa Rol Nº 6626-2006, caratulada “Sergio Toloza Rodríguez con Juez de Familia de Osorno”, en la Corte Suprema; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=906>.
- Remuneraciones ejecutivos de TVN* (2011): Rol Nº 1.732-2007 de 21 de junio de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Cabezas Villalobos y otros trabajadores de Televisión Nacional de Chile respecto del artículo décimo, letra h), de la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos Rol Nº 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia (1732-10-INA y Nº 1800-10-INA (acumulados)); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1983>.
- Remuneraciones ejecutivos de TVN* (2011): Rol Nº 1.800-2007 de 21 de junio de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Televisión Nacional de Chile “TVN” respecto de los artículos décimo h) y 33 b) de la Ley Nº 20.285, en los autos Rol Nº 945-2010 sobre reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del Consejo para la Transparencia (1732-10-INA y Nº 1800-10-INA (acumulados)); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1985>.
- Solve et repete IV* (2008): Rol Nº 1.046-2008 de 22 de julio de 2008, requerimiento de inaplicabilidad de Sociedad Sergio Andrés Concha San Martín y Otro respecto de la parte final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en la causa caratulada “Concha San Martín, Sergio Andrés, con

Fisco”, de la Corte de Apelaciones de Concepción; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=971>.

Control preventivo inhabilidad artículo 54 letra b) de la Ley N° 18.575 (2008): Rol N° 1.170-2008, de 26 de agosto de 2008, control de constitucionalidad del proyecto de ley, que establece una excepción a la inhabilidad establecida en la letra b) del artículo 54 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, con el objeto de permitir el ingreso de parientes y familiares al Servicio Exterior (Boletín 4313-06); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=997>.

Solve et repete V (2008): Rol N° 1.061-2008, de 28 de agosto de 2008, requerimiento de inaplicabilidad de Hernán Pfeifer Frenz, Paulina Alegría Madrid y Carmen Polanco Lazo, respecto de la segunda frase del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en la causa caratulada “Pfeifer Frenz, Hernán, y otras con Instituto de Salud Pública”, Rol C-7770-2008, del 11° Juzgado Civil de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1001>.

Turno gratuito (2008): Rol N° 1.138-2008, de 8 de septiembre de 2008, requerimiento de inaplicabilidad presentado por Maryem Darwiche Espinoza, respecto del inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en la causa Rol N° 1505-2008, que se sigue ante el Tercer Juzgado de Letras de Iquique; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1008>.

Pensiones no contributivas (2008): Rol N° 1.182-2008, de 18 de noviembre de 2008, requerimiento de inaplicabilidad de Patricio Enrique Máximo Paredes Rogat y Ernesto Humberto Amaya Mancilla, respecto del artículo 4° de la Ley N° 19.260, en la causa Rol N° 7314-2003, sobre juicio ordinario por cobro de pensiones no contributivas, seguido ante el 17° Juzgado Civil de Santiago y actualmente en la Corte Suprema, por recurso de casación en contra de la sentencia de segunda instancia, Rol N° 2859-2008; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1046>.

Pensiones no contributivas (2008): Rol N° 1.193-2008, de 18 de noviembre de 2008, requerimiento de Juan González Álvarez y José del Carmen Flores, respecto del artículo 4° de la Ley N° 19.260, en la causa Rol N° 2573-2004, sobre juicio ordinario por cobro de pensiones no contributivas, del 13° Juzgado Civil de Santiago y actualmente en la Corte Suprema, bajo el Rol N° 2911-2008; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1047>.

- Pensiones no contributivas* (2008): Rol N° 1.201-2008, de 18 de diciembre de 2008, requerimiento de inaplicabilidad de Evangelina Sanhueza Miranda y Rosa María Tapia Soria, respecto del artículo 4° de la Ley N° 19.260, en la causa Rol N° 6082-2003, sobre juicio ordinario por cobro de pensiones no contributivas, seguido ante el 30° Juzgado Civil de Santiago y actualmente en la Corte Suprema, por recursos de casación en contra de la sentencia de segunda instancia, bajo el Rol N° 3708-2008; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1068>.
- Control Preventivo perfeccionamiento de jurisdicción tributaria* (2008): Rol N° 1.243-2008, de 30 de diciembre de 2008, control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1076>.
- Turno gratuito* (2009): Rol N° 1.140-2008, de 15 de enero de 2009, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por María José Arancibia Obrador, respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1091>.
- Playas II* (2009): Rol N° 1.141-2008, de 17 de marzo de 2009, requerimiento de inaplicabilidad de Agrícola del Lago S.A., respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol N° 1665-08, caratulado “Agrícola del Lago S.A. con Intendencia Regional de la Araucanía”, del Primer Juzgado Civil de Temuco; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1111>.
- Playas II* (2009): Rol N° 1.215-2008, de 30 de abril de 2009, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de “Inversiones Pingueral Ltda.”, “Inmobiliaria Pingueral S.A.” e “Inmobiliaria e Inversiones Costa Pingueral Ltda.”, y don Gustavo Yánquez Mery, respecto del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, en el juicio sumario sobre reclamo deducido contra resolución administrativa, Rol N° C/4193/2008, caratulado “Inversiones Pingueral Ltda. y otros con Fuentes Fuentealba, María Angélica”, del Tercer Juzgado de Letras de Concepción; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1130>.
- Solve et repete* (2009): Rol N° 1.262-2008, de 2 de abril de 2009, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Sociedad de Servicios y Asesorías Swan (Chile) S.A., respecto de la parte final del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en la causa Rol N° 26.220-2008 del

Decimosexto Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Sociedad de Servicios y Asesorías Swan S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1118>.

Inaplicabilidad del Artículo 1.891 Código Civil (2009): Rol N° 1.204-2008, de 28 de mayo de 2009, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Sociedad Constructora Sigma Limitada, respecto del artículo 1.891 del Código Civil en la causa Rol N° 5817-2008 del Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Sociedad Constructora Sigma Limitada con Banco de Chile”; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1152>.

Pensiones no contributivas (2009): Rol N° 1.260-2008, de 7 de mayo de 2009, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por María Teresa Lorca Morales, respecto del inciso segundo del artículo 4° de la Ley N° 19.260, en la causa Rol N° 27.808-2007, del Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Lorca Morales, María Teresa, con Instituto de Normalización Previsional”; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1200>.

Turno gratuito (2009): Rol N° 1.254-2008, de 29 de julio de 2009, requerimiento de inconstitucionalidad del Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en representación de dicha entidad, respecto del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En subsidio de lo anterior, solicita se declare la inconstitucionalidad del inciso primero del mismo artículo y, en subsidio de esto último, se declare inconstitucional la expresión “gratuitamente”, contenida en la misma norma legal; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1197>.

Control preventivo Ley General de Educación (2009): Rol N° 1.361-2009, de 13 de mayo de 2009, sentencia recaída en el requerimiento de 10 senadores de la República en contra de la constitucionalidad de determinados artículos del proyecto de ley que establece la Ley General de Educación (LEGE); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1136>.

Inconstitucionalidad del artículo 171 del Código Sanitario (2009): Rol N° 1.345-2009, de 25 de mayo de 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; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1146>.

Inaplicabilidad artículo 206 Código Civil (2009): Rol N° 1.340-2009, de 29 de septiembre de 2009, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, señor Carlo Marcelo Casaula Mezzano, respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT N° C-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1231>.

Inaplicabilidad artículo 277 Código Procesal Penal (2010): Rol N° 1.535-2009, de 28 de enero de 2010, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Rocío Zamorano Pérez, respecto de la oración “cuando lo interpusiere el ministerio público” contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal, en la causa RUC N° 080100636-9, RIT N° 8867-2008, por los delitos de parricidio y homicidio calificado, seguida ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1309>.

Sistema Nacional de Registros de ADN (2010): Rol N° 1.365-2009, de 8 de abril de 2010, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Gustavo Iván Quilaqueo Bustos, respecto de los artículos 5°, 6°, 16, 17, 18 y 1° transitorio, inciso segundo, de la Ley N° 19.970, que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN, en causa en actual conocimiento de la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 1.972-2009; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1330>.

Control preventivo violencia escolar (2010): Rol N° 1.448-2009, de 7 de septiembre de 2010, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Sindicato de Trabajadores de la Empresa Portuaria Coquimbo, respecto del inciso final del artículo 31 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en los autos Rol N° 3.733-2009, sobre recurso de hecho interpuesto ante la Corte Suprema en contra de la resolución denegatoria del recurso de reclamación dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1522>.

Ley de Quiebras (2010): Rol N° 1.414-2009, de 14 de septiembre de 2010, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Ingeniería y Construcción Pesada Limitada (INCOPESA), respecto del artículo 43, N° 1, de la Ley N° 18.175, que modificó y fijó el nuevo texto de la Ley de Quiebras, en los autos sobre proceso concursal N° 9909-2008, sustanciados ante el 5° Juzgado

de Letras en lo Civil de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1559>.

Artículo 2331 Código Civil (2010): Rol N° 1.463-2009, de 23 de septiembre de 2010, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Gerard de Bordachar Sotomayor, Pascale Bordachar Gana, Elizabeth Bordachar Benoit y Michelle Bordachar Benoit, respecto del artículo 2331 del Código Civil; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1571>.

Convención de Varsovia (2011): Rol N° 1.307-2009, de 20 de enero de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Pauline Jeanneret Elsner, respecto de los artículos 22, N° 2°, y 25 de la Convención de Varsovia, del año 1929, aprobada por el Decreto Ley N° 2.381, de 1978, publicado en el Diario Oficial el día 9 de diciembre de 1997, en proceso de indemnización de perjuicios en contra de la Compañía Aérea American Airlines Inc., de Vigésimotercer Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol N° 11543-2008; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1741>.

Artículo 206 Código Civil (2012): Rol N° 2.035-2009, de 4 de septiembre de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Carolina Rejas López y Juan Rejas López, respecto del artículo 206 del Código Civil y de los incisos tercero y cuarto del artículo 5° transitorio de la Ley N° 19.195, en los autos RIT C-7283-2009, RUC 09-2-0365566, sobre impugnación y reclamación de paternidad no matrimonial sustentados ante el Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, en actual apelación y casación en la forma ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 1015-2011; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2543>.

Inconstitucionalidad de Isapres (2010): Rol N° 1.710-2010, de 6 de agosto de 2010, proceso iniciado de oficio para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres y cuya sentencia se publicó en el Diario Oficial el 9 de agosto de 2010; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1479>.

Control de constitucionalidad del proyecto de Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Chile y el Banco Europeo de Inversiones (2010): Rol N° 1.818-2010, de 9 de noviembre de 2010, control de constitucionalidad del proyecto aprobatorio que aprueba el proyecto de Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Chile y el Banco Europeo de Inversiones (Boletín N° 6963-10). D.S. N° 287 (D. Oficial: 24/03/11); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1617>.

Control preventivo Ascenso póstumo de Carabineros (2010): Rol N° 1.824-2010, de 9 de diciembre de 2010, control de constitucionalidad sobre proyecto de ley que otorga ascenso extraordinario al personal de Carabineros como reconocimiento póstumo (Boletín N° 6648-02). Ley N° 20.487 (D. Oficial: 16/02/11); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1673>.

Artículo 365 Código Penal (2011): Rol N° 1.683-2010, de 4 de enero de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Jorge Washington Sepúlveda Álvarez, respecto del artículo 365 del Código Penal, en la causa RIT N° 1287-2008, RUC N° 0800242317-1, seguida ante el Juzgado de Garantía de Cañete; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1715>.

Artículo 2331 Código Civil (2011): Rol N° 1.741-2010, de 15 de marzo de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Gerardo Villegas Millar, respecto del artículo 2331 del Código Civil, en los autos Rol N° 28.538 sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, seguidos ante el 29° Juzgado Civil de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1795>.

Artículo 2331 Código Civil (2011): Rol N° 1.679-2010, de 15 de marzo de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Felipe Camiroaga Fernández, respecto del artículo 2331 del Código Civil, en los autos Rol N° 4502-2009 sobre recurso de apelación y casación en la forma, interpuestos ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la sentencia pronunciada por el Juzgado Civil de Santiago en causa Rol N° 14.645 sobre indemnización de perjuicios; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1797>.

Artículo 2331 Código Civil (2011): Rol N° 1.798-2010, de 29 de marzo de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el diputado señor Joaquín Godoy Ibáñez, respecto del artículo 2331 del Código Civil, en los autos Rol N° 8340-2009, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios que se sigue en contra del señor Vasco Moulián Herrera, ante el Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago, señor Juan Eduardo Fuentes Belmar; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1819>.

Licencias médicas (2011): Rol N° 1.801-2010, de 12 de abril de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, respecto del artículo 4° de la Ley N° 19.531, sustituido por el artículo 1° de la Ley N° 20.224 –que reajusta e incrementa

las remuneraciones del Poder Judicial-, en los autos Rol N° 300-2010 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso por don Mario Gómez Montoya en contra de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Zonal V Región; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1837>.

Inconstitucionalidad de artículo 7 Auto acordado Recurso de Protección (2011): Rol N° 1.812-2010, de 18 de agosto de 2011, requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Isapre Cruz Blanca S.A., respecto del artículo 7° del Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales de la Corte Suprema, de 27 de junio de 1992, en los autos Rol N° 3000-2010 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Secretaría Criminal); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2127>.

Inconstitucionalidad de artículo 7 Auto acordado Recurso de Protección (2011): Rol N° 1.816-2010, de 18 de agosto de 2011, requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Isapre Cruz Blanca S.A., respecto del artículo 7° del Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales de la Corte Suprema, de 27 de junio de 1992, en los autos Rol N° 2565-2010 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Secretaría Criminal); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2123>.

Inconstitucionalidad de artículo 7 Auto acordado Recurso de Protección (2011): Rol N° 1.817-2010, de 18 de agosto de 2011, requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Isapre Cruz Blanca S.A., respecto del artículo 7° del Auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales de la Corte Suprema, de 27 de junio de 1992, en los autos Rol N° 2270-2010 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Secretaría Criminal); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2125>.

Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (2011): Rol N° 1.988-2011, de 24 de junio de 2011, requerimiento presentado por 17 senadores respecto de la constitucionalidad del Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV-91). Boletín N° 6426-10; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1987>.

Control preventivo violencia escolar (2011): Rol N° 2.055-2011, de 1 de septiembre de 2011, control de constitucionalidad del artículo único permanente y transitorio del proyecto de ley sobre violencia escolar (Boletín N° 7123-04).

Ley N° 20.536 (D. Oficial: 17/09/11); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2151>.

Artículos Código del Trabajo y Código de Procedimiento Civil (2011): Rol N° 1.971-2011, de 13 de diciembre de 2011, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Servicio Industrial Refinería y Fundación Limitada y otro, respecto de los artículos 4 y 292 del Código del Trabajo y 238 del Código de Procedimiento Civil, en los autos Rol N° 36-2011 sobre recurso de amparo preventivo interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Rancagua en contra del Juez del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2253>.

Artículo 75 Ley Orgánica de Municipalidades (2012): Rol N° 1.941-2011, de 31 de enero de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Alfonso Enrique Paillaleve Quinan, respecto del artículo 75, inciso primero, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en los autos Rol N° 439-10-P, sobre solicitud de remoción de cargo de concejal por incompatibilidad, seguidos ante el Tribunal Regional Electoral de la Región de Los Lagos; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2317>.

Inaplicabilidad de artículos 38 y 38 ter de la Ley N° 18.933 (2012): Rol N° 2.106-2011, de 10 de mayo de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Fabio Gonzalo Jordán Díaz, respecto del artículo 38 de la Ley N° 18.933, en la parte a que alude a la tabla de factor etario, vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, en los autos sobre apelación del recurso de protección interpuesto en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 6963-2011; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2391> (*a modo ejemplar de las restantes 75 sentencias de inaplicabilidad que se refieren a esta materia).

Artículo 2331 Código Civil (2012): Rol N° 2.085-2011, de 7 de junio de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Gerard Phillippe Bordachar Sotomayor y otros, respecto del artículo 2331 del Código Civil, en los autos sobre indemnización de perjuicios, caratulados “Bordachar Sotomayor, Gerard Phillippe y otros con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.”, de la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 5293-2010; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2433>.

Artículo 2331 Código Civil (2012): Rol N° 2.071-2011, de 19 de junio de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por

Daniel Yarur Elsaca, respecto del artículo 2331 del Código Civil, en los autos sobre juicio civil por responsabilidad extracontractual e indemnización de perjuicios, caratulados “Yarur con Yarur”, de que conoce el Quinto Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol N° C-8.269-2011; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2449>.

Artículo 206 Código Civil (2012): Rol N° 2.105-2011, de 4 de septiembre de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Juzgado de Familia de Temuco, respecto de los artículos 206 del Código Civil y 5° transitorio de la Ley N° 19.585, en los autos sobre reclamación de filiación, de que conoce el Juzgado de Familia de Temuco, bajo el RIT C-1975-2011; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2545>.

Correos electrónicos I (2012): Rol N° 2.153-2012, de 11 de septiembre de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 6704-2011; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2537>.

Apremios por no pago de compensación económica (2012): Rol N° 2.102-2011, de 27 de septiembre de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Cristián Andrés Marchessi Durán, respecto de los artículos 66 de la Ley N° 19.947, nueva Ley de Matrimonio Civil, y 14 de la Ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, en los autos sobre compensación económica caratulados “Stolzembach con Marchessi”, de que conoce el Juzgado de Familia de Puerto Varas, bajo el RIT Z-70-2011, RUC 11-2-0110896-0; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2549>.

Artículo 225 Código Civil (2012): Rol N° 2.156-2011, de 20 de noviembre de 2012, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pablo Andrés Torrealba Gárate, respecto del artículo 225, inciso tercero, del Código Civil, en los autos RIT C-1234-2011 caratulados “Torrealba con Méndez”, de que conoce el Primer Juzgado de Familia de Santiago; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2593>.

Control Preventivo Medidas contra la Discriminación (2012): Rol N° 2.231-2012, de 28 de junio de 2012, control de constitucionalidad del proyecto de ley

que establece medidas contra la discriminación (Boletín N° 3815-07). Ley N° 20.609 (D. Oficial: 24/07/2012); disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2457>.

Ingreso ético familiar (2012): Rol N° 2.253-2012, de 31 de agosto de 2012, reclamo de un grupo de senadores a fin de que se rectifique la promulgación incorrecta de la Ley N° 20.595, señalando que el título de ésta es diverso al que constitucionalmente corresponde; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2527>.

Artículo 2331 del Código Civil (2013): Rol N° 2.255-2012, de 29 de enero de 2013, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Sofía Amenábar Edwards, respecto del artículo 2331 del Código Civil, en los autos sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, caratulados “Amenábar Edwards, María Sofía con Palacios Correa, Luis Hernán y Pontificia Universidad Católica de Chile”, de que conoce el Quinto Juzgado Civil de Santiago, bajo el Rol N° 15.560-2011; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2676>.

Artículo 5 inciso 2 de la Ley de Transparencia (2013): Rol N° 2.246-2012, de 31 de enero de 2013, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, por sí, respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dice “y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, en autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados “Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 2496-2012; disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2684>.