

JURISPRUDENCIA DEL TC EN MATERIA DE IGUALDAD ANTE LA LEY. ¿SALIENDO DE LA PURA TAUTOLOGÍA?

*Jorge Correa Sutil*¹

El artículo que sigue presenta una visión sistemática de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional chileno en materia de la garantía contenida en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución, que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley y establece la prohibición a toda autoridad de incurrir en diferencias arbitrarias. Especial atención se presenta a los fallos dictados en el año 2010.

Tanto en Chile como en el extranjero se han vertido fuertes críticas a la extrema discrecionalidad que brinda a los jueces la aplicación de esta relevante garantía constitucional. El autor examina la jurisprudencia del Tribunal en busca de estándares que pudieran dotar de mayor contenido objetivo al significado de la norma. Concluye que la práctica constitucional chilena ha dotado de un significado intersubjetivo algo más denso a las palabras abiertas del texto constitucional, por lo que el desafío mayor –en aras de la propia igualdad jurisprudencial y de la certeza– parece encontrarse ahora en obtener y reclamar consistencia en la aplicación de esos estándares.

Presentación

No menos de 26 sentencias dictadas en 2010 por el Tribunal Constitucional (TC) en acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad debieron hacerse cargo de precisar el principio de igualdad; esto es, resolver si el precepto legal impugnado en ellas podía producir, en caso de aplicarse en las respectivas gestiones judiciales pendientes, efectos contrarios a la igualdad, asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aun descontando la

¹ El autor es profesor titular de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

mitad de ellas, que fueron seriales o repetitivas,² la cifra representa un número significativo de sentencias dictadas el año 2010, que han razonado acerca del significado de la norma constitucional que prohíbe al legislador y demás autoridades hacer diferencias arbitrarias.

Ciertamente el 2010 no ha sido el primer año en que el Tribunal ha debido vérselas con este toral principio de nuestra Carta Fundamental. Por el contrario, podría decirse que los fallos de 2010 en materia de igualdad, más que generar una línea doctrinaria nueva, reiteran aquella que se verificó a partir de 2006 cuando el Tribunal se hizo cargo de las inaplicabilidades. Sin embargo, de haberse verificado en el año que comentamos un proceso de consolidación jurisprudencial –que es en parte lo que examinaremos– no sería un fenómeno de menor importancia, considerando que uno de los principales aportes de una justicia constitucional consiste en colaborar en el proceso de dotar de un significado más denso y compartido a los escuetos principios de la Carta Fundamental.³

No pocos académicos, a la luz de fallos emitidos en años anteriores, han reaccionado con desdén frente al entendimiento de esta prohibición hecha por el TC y los tribunales superiores de Justicia. Siguiendo una perspectiva crítica que ciertamente se extiende más allá de nuestras fronteras, esas voces han señalado que las argumentaciones judiciales, bajo la apariencia de atribuir un significado más preciso y aplicar operativamente la norma constitucional, no hacen sino tautología, repeticiones circulares de argumentos artificiosos que no logran salir de una generalidad tal de conceptos que, a la hora de la aplicación –que es la que importa–, se mantiene en el terreno de la pura arbitrariedad; lo que finalmente les permite tomar decisiones (acerca de qué infringe y qué no infringe la prohibición de hacer diferencias arbitrarias) que no se fundan en el derecho, sino en sus propias preferencias personales.

La jurisprudencia del TC en materia de igualdad, iniciada en la primera mitad de la década de los 80, tuvo un enriquecimiento conceptual significativo a partir del año 2006, en que el Tribunal empezó a fallar causas de

2 La cifra se reduce a 13 sentencias si descartamos los fallos seriales, como los que se produjeron en causas en que lo impugnado era el artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, acusado –entre otras infracciones constitucionales– de vulnerar el principio de igualdad, varias de las cuales reproducen considerandos idénticos.

3 Sobre esta contribución de la jurisdicción constitucional a la democracia, ver el libro de Victor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid) 1997. Sobre el mismo tema, también un artículo de mi autoría: “Justicia constitucional y democracia”, en *Revista de Ciencias Sociales*, 54 (Edeval) 2009.

inaplicabilidad. Cuando decimos enriquecimiento conceptual, nos referimos a que el Tribunal, tomando criterios empleados por doctrinas de influencia universal y particularmente los en boga en tribunales constitucionales europeos, declaró cuáles eran sus estándares para examinar si una norma infringe o no el principio de igualdad.

El presente artículo aspira a exponer sistemáticamente esos criterios, considerando fundamental, pero no únicamente, los fallos dictados en el año 2010. Saber si ellos han permitido o no al Tribunal salir del reino de la tautología y de la generalidad que deviene en puro *decisionismo*, en el que se le acusó de estar, exigiría dos esfuerzos adicionales que este artículo no emprende o solo aborda parcialmente. El primero consiste en examinar si esos criterios que el Tribunal emplea para determinar si se ha infringido o no la igualdad ante la ley tienen un significado suficientemente preciso para que, aplicados a casos hipotéticos futuros, diversos jueces debieran convenir en adjudicar un mismo resultado. El artículo no hace este ejercicio, pero relata sucintamente varios de los casos en que esos criterios se han aplicado y la manera en que han incidido en la resolución de los asuntos en que el Tribunal los ha invocado. Eso, esperamos, ayudará al lector a formarse un primer juicio acerca de si estamos o no frente a estándares de significado común o intersubjetivo, o meramente ante tautologías. El segundo esfuerzo consiste en discernir si el TC ha actuado o no con rigor al aplicar los criterios que enuncia. Este artículo no entra a ese examen. Habiendo sido yo mismo integrante del Tribunal hasta abril de 2009, habiendo en consecuencia, participado en varios de los casos anteriores a 2010 en que estos criterios tomaron forma o fueron aplicados, me parece que carezco de la necesaria distancia e imparcialidad para juzgar ese trabajo. Convencido, como estoy, del valor de la crítica y la doctrina sobre la labor jurisprudencial,⁴ me esperanzo que alguien complete el trabajo que aquí inicio, con un afán más expositivo que crítico, como ya ha quedado dicho.

El desafío parece harto relevante, pues se trata nada menos que de alcanzar la igualdad en el trato judicial cuando se invoca este toral principio. Ello solo puede lograrse en la medida en que exista una sincera consistencia en la aplicación de unos mismos criterios definitorios de lo que sea la igualdad.

4 Para una justificación de la importancia que asigno a la tarea dogmática y crítica sobre la jurisprudencia constitucional, puede consultarse el libro de Victor Ferreres citado en la nota que antecede. También me parece referir el artículo de Fernando Atria, "Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha", en *Revista de Estudios Públicos*, (CEP) 2000; aunque en él el autor establezca otro vínculo entre doctrina constitucional y control judicial de la actividad legislativa. Sobre el mismo tema, ver también mi artículo referido en la nota que antecede.

El artículo se inicia con un brevísimo apartado que tiene por objeto ilustrar lo que quiero decir al indicar que algunos autores han acusado de pura tautología a la jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de igualdad. A continuación, y ya entrando a sistematizar la jurisprudencia del TC en torno a este principio, el artículo analiza el fallo original que inició esa jurisprudencia y expone cómo sigue sosteniéndose, incluyendo los fallos dictados en 2010. Posteriormente, refiere los cinco criterios en que me parece pueden agruparse los razonamientos del TC, particularmente los del año referido, acerca de lo que exige el principio de igualdad ante la ley y examina cada uno, sistematizando el modo en que ha sido expuesto y aplicado por el TC.

1. Las acusaciones de tautología

No son pocos los autores chilenos que tienden a mostrar, incluso con cierto tono de exasperación, que la doctrina y jurisprudencia en materia de igualdad ha *navegado en un mar de tautología*. No siendo el objetivo de este texto afirmar o discutir esa precepción, nos satisfaremos con citar a tres, para así ilustrar la crítica de la que es objeto la labor judicial. Quien usa la expresión “mar de tautología” es el profesor de la PUC, Arturo Fermandois. Aunque en una nota precisa que emplea el término tautología en su acepción de “*repetición de un mismo pensamiento, expresado de distintas maneras*”, sus imputaciones de tratarse de razonamientos inútiles y vacíos de contenido parecen acercarse a una segunda acepción más peyorativa del término: el Diccionario de la RAE nos dice que la voz escogida suele usarse también para aludir a repeticiones inútiles y viciosas. He aquí, los términos exactos del autor referido:

No se requiere, en realidad, ninguna genialidad para observar que la doctrina y jurisprudencia sobre igualdad navega en un mar de tautología. A los iguales, se les trata igual y a los desiguales, desigual. Conforme, pero ¿es esta regla mínimamente útil para el Derecho Constitucional? Nos parece que no, porque mediante referencias recíprocas que expresan lo mismo, ha dado lugar a uno de los axiomas más inútiles acuñados en el Derecho, plenamente vacío de contenido e intrínsecamente tautológico. Desde siempre nos ha parecido, entonces, que las igualdades constitucionales adolecen de este grave problema en su concreción⁵.

5 Fermandois, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, segunda edición actualizada, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2006, p. 252. A diferencia del original, se ha omitido un punto

Me parece que Fernando Atria, en un trabajo de 1997, es quien ha formulado las críticas más severas a la jurisprudencia de igualdad. Las sentencias que examina corresponden más a tribunales superiores que al TC, aunque se amplían a este. Según Atria, las partes en un litigio no solo no tienen cómo predecir el contenido que los Tribunales darán a este principio, sino que también quedarán enteramente ignorantes de las razones que verdaderamente motivarán el fallo una vez que éste se dicte. Así, al parecer de Atria, aquellos a quienes la Constitución asegura solemnemente el derecho a la igualdad terminan en una de las cavernas más oscuras que imaginara Lon Fuller, entregados a un arbitrio judicial que limita además la soberanía popular y debilita la democracia. El autor funda su afirmación en el análisis jurisprudencial y sostiene que la jurisprudencia de igualdad ha incurrido en las siguientes seis tautologías:

(1) que la igualdad consiste en la exclusión de privilegios, pero no ha dicho [la jurisprudencia] cómo distinguir algunos privilegios que ella no considera inconstitucionales de los que lo son; (2) que la igualdad implica *igualdad absoluta*, pero eso no ha sido nunca seriamente aplicado a caso alguno; (3) que, entonces significa *igualdad relativa*, es decir, que las leyes deben ser aplicadas, caso en el cual no se entiende porqué la igualdad es un derecho constitucional; (4) que la *igualdad relativa* debe ser entendida en un sentido *fuerte*, queriendo decir que lo que importa es que las diferencias de hecho en las circunstancias de dos personas o grupos sean tales que justifiquen el trato desigualitario, pero nunca ha dicho cuáles de todas las diferencias de hecho entre personas son aptas para ello y en qué circunstancias; (5) que la igualdad significa que no se pueden dictar disposiciones jurídicas particulares, pero que eso no implica la inconstitucionalidad de una ley que distribuye desigualmente derechos entre tres personas individualmente identificadas; y, en fin, (6) que la igualdad se opone a discriminaciones que a ella le parecen obviamente privadas de razón, pero no ha hecho público cómo (demonios) esto se puede saber de antemano⁶.

aparte y se ha omitido la nota en la que el autor precisa el sentido en que usa la palabra tautología, conforme se refiere en el texto.

6 Atria, Fernando, "Los peligros de la Constitución. La ideas de igualdad en la jurisdicción nacional", en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 36, (Universidad Diego Portales) 1997, p. 89.

Miguel Ángel Fernández, en su tesis doctoral, hizo lo que probablemente constituya el mayor esfuerzo realizado en Chile por encontrarle significado a la jurisprudencia chilena referida al principio de igualdad. Al concluir, aunque en un tono menos crítico, da cuenta de la misma imposibilidad de encontrar un parámetro jurisprudencial que permita predecir lo que la justicia resolverá en esta materia:

Por ende y dado que **no resulta posible establecer un modelo o esquema universalmente aplicable en todo juicio de igualdad, será el juez en cada caso concreto y a la luz de los argumentos esgrimidos por las partes, quien deberá resolver si el trato dispensado infringe o no la isonomía** ⁷.

En el párrafo siguiente al que hemos citado, el autor señala que el juzgador habrá de apreciar, “**sobre la base del sentido común y a la luz del proceso**, con mayor claridad que la presupuestada en cualquier estudio o análisis jurídico abstracto, **qué es discriminatorio por arbitrario** y qué es lo que se ajusta al **principio de igualdad**”.⁸ El lector –agrego yo– habrá de convenir que “el sentido común” no resulta un parámetro muy preciso para que los justiciables sepamos cuál es el significado de uno de los principios centrales de la Carta Fundamental. El propio Fernández reconoce que, cuando el TC controla al legislador en esta materia, se verifica una superposición de valoraciones entre esos órganos y finalmente una primacía de las preferencias de los jueces.⁹

Detengamos aquí las citas. Ellas parecen suficientes para afirmar que influyentes estudiosos de nuestra jurisprudencia han acusado que, en materia de igualdad, ella es vacía o carente de significado, permanece en un nivel de generalidad (cuando no de viciosa repetición de inútiles argumentos) que no pasa de ser un velo tras el cual se esconde un arbitrio judicial que se impone al del legislador.

Nuestra intención, como hemos dicho, es exponer la doctrina de igualdad del TC, particularmente la contenida en las sentencias de 2010, para así avan-

7 Fernández González, Miguel Ángel, *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, (Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica Conosur), 2001, p. 321. (Énfasis añadido)

8 *Ibíd.* (Énfasis añadido)

9 En sus palabras: “Surge aquí, eso sí una vez más, el tema de la **superposición de valoraciones**, puesto que la calificación que hace el juez de la obra legislativa, en cuanto a si esa decisión normativa respeta o no el **principio jurídico de igualdad**, lo obliga a apreciar o estimar el precepto objeto de control. Se ha explicado, en este sentido, que la determinación del significado de la norma hay una preponderancia, en principio y teóricamente, del legislador, pero también se ha dicho que en el resto de la secuencia del **juicio de igualdad surge, inevitablemente, la primacía del tribunal**”. *Ibíd.*, p. 322. (Énfasis añadido)

zar un paso en la tarea –que otros ojalá emprendan– de reiterar, matizar o rectificar los juicios críticos que hemos consignado.

2. Los orígenes del entendimiento del principio de igualdad en la jurisprudencia del TC. La igualdad de los iguales y la razonabilidad de las diferencias

En los años 80, el TC inició su interpretación del principio de igualdad en torno a dos líneas que merecieron las críticas ya referidas: por una parte, dijo y reiteró que la obligación de no hacer diferencias arbitrarias obligaban al legislador a diferenciar situaciones diversas y, por la otra, sostuvo que eran diferencias arbitrarias aquellas que carecían de suficiente razonabilidad.

El hito inicial más importante en este tema lo constituye la sentencia del 5 de abril de 1988 (Rol 53), en la que el Tribunal examinó y declaró inconstitucional un precepto del Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, por establecer una misma e idéntica sanción de apremio para casos de no pago de una multa, cualquiera fuera su monto o la infracción que la hubiera originado. Según razonó el Tribunal en ese fallo, la igualdad asegurada en la Carta Fundamental prohibía atribuir la misma consecuencia jurídica a situaciones objetivamente diversas. Además, el Tribunal, luego de enfatizar que la Constitución no prohíbe hacer diferencias, prohibiendo solo que ellas sean arbitrarias, razonó que no eran arbitrarias las diferencias que puedan calificarse de razonables. Para expresar ambas ideas el Tribunal se valió de una cita del autor argentino Linares Quintana:

De esta manera la igualdad ante la ley consiste en que las **normas jurídicas deben ser iguales** para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, **diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes**. “No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. **La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición [...]**” (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo 4°, pág. 263).¹⁰ (Énfasis añadido)

¹⁰ Tomado del considerando 72° del fallo referido en el texto. El razonamiento acerca de por qué el precepto era inconstitucional puede encontrarse en el considerando 73, que establece: “73. Que el artículo 146 del proyecto, teniendo presente las consideraciones antes expuestas, vulnera el artículo 19, N° 2,

Sobre la base de esa cita y razonamiento, como se ha dicho, declaró inconstitucional un precepto que atribuía igual consecuencia a conductas diversas. Esta noción de que la Constitución no prohíbe al legislador hacer diferencias y que incluso le obliga a ello, ha sido reiterada con idénticas palabras, que se citan textualmente o se parafrasean, en un número considerable de fallos, incluidos varios dictados en 2010.¹¹

La segunda idea matriz contenida en ese fallo Rol 53 es que no cualquier diferencia hecha por el legislador resulta aceptable para la Carta Fundamental. Citando nuevamente a Linares Quintana, el TC exigió que esas diferencias debían ser razonables; precisando que **“la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad”**,¹² concepto que aparece entonces opuesto a que la diferencia sea “arbitraria”, que es lo prohibido por la Carta Fundamental, en el numeral 2° de su artículo 19.

de la Carta Fundamental, por cuanto da un trato igual a situaciones desiguales, como lo demuestra el hecho de que una persona que sea condenada a cien unidades tributarias mensuales puede sufrir, por la vía de sustitución de la pena, treinta días de prisión y, en cambio, la persona que sea condenada a una unidad tributaria mensual sufre, por la vía sustitutiva, la misma pena de treinta días de prisión. Este trato igual para situaciones disímiles no resulta razonable, y como bien se ha dicho ‘la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad’.

II Así, a vía puramente ejemplar, ha ocurrido con las sentencias de las siguientes fechas y roles, en los considerandos que, en cada caso, se indican. Como podrá apreciarse, la tesis sigue siendo reiterada en varios fallos dictados en el año que nos ocupa de preferencia:

Tribunal Constitucional, Rol 219, sentencia del 31 de julio de 1992, considerando 17°.

Tribunal Constitucional, Rol 707, sentencia del 25 de octubre de 2007, la idea aparece supuesta en el considerando 11°.

Tribunal Constitucional, Rol 790, sentencia del 11 de diciembre de 2007, considerando 21°.

Tribunal Constitucional, Rol 784, sentencia del 20 de diciembre de 2007, considerando 19°.

Tribunal Constitucional, Rol 977, sentencia del 8 de enero de 2008, considerando 10°, aunque sin la cita de Linares Quintana.

Tribunal Constitucional, Rol 797, sentencia del 24 de enero de 2008, considerando 19°.

Tribunal Constitucional, causa Rol 755, sentencia del 31 de marzo de 2008, considerando 27°, luego reiterado, en casos análogos, roles 1138 y 1140 y en causa de inconstitucionalidad Rol 1254.

Tribunal Constitucional, Rol 1295, sentencia del 6 de octubre de 2009, la suponen los considerandos 104° y siguientes.

Tribunal Constitucional, Rol 1535, sentencia del 28 de enero de 2010, considerando 33°.

Tribunal Constitucional, Rol 1298, sentencia del 3 de marzo de 2010, implícita en el considerando 72°.

Tribunal Constitucional, Rol 1365, del 8 de abril de 2010, considerando 29°.

Tribunal Constitucional, Rol 1584, del 17 de junio de 2010, la supone a partir de los considerandos 19° y siguientes.

Tribunal Constitucional, Rol 1448, del 7 de septiembre de 2010, considerando 36°.

Tribunal Constitucional, Rol 1502, del 9 de septiembre de 2010, considerando 11°.

Tribunal Constitucional, Rol 1414, del 14 de septiembre de 2010, considerando 14°.

Tribunal Constitucional, causa Rol 1399, del 4 de noviembre de 2010, considerando 12°.

Tribunal Constitucional, causa Rol 1307, del 20 de enero de 2011, considerando 11°.

12 Considerando 73°. Ver nota 9. (Énfasis añadido)

Lo que el Tribunal ha dicho en general de la obligación de igualdad, lo ha reiterado respecto de la igualdad de los gravámenes patrimoniales, las cargas públicas y de los tributos.

Sobre la base de afirmar la facultad y el deber del legislador de establecer consecuencias u obligaciones diversas para situaciones diferentes y someterlas al examen de razonabilidad, el TC ha estimado como no contrarias a la Carta Fundamental una multiplicidad de distinciones legislativas: así, por ejemplo, ha rechazado impugnaciones en contra de la Ley de Quiebras, en cuanto autoriza, respecto de ciertos deudores, a declarar su quiebra sin necesidad de acreditar insolvencia.¹³ Con análogos criterios, permitió aplicar la regla que exige solo a los condenados por ciertos delitos graves, y no a otros, someterse a un registro genético o de ADN.¹⁴ Otro tanto hizo al desechar un requerimiento en contra de los regímenes diversos existentes en materia de recursos para impugnar distintas resoluciones del Tribunal de la Libre Competencia.¹⁵ De igual modo, validó aplicar la existencia de obligaciones especiales para las Compañías de Seguros de proveer financiamiento a Bomberos.¹⁶ De manera análoga, no consideró que infringía la Carta Fundamental agravar las penas de algunos delitos por el resultado que en ellos se producía.¹⁷ También ha permitido aplicar una regla diversa y más severa para calcular la aplicación de penas en el caso de delitos reiterados en la justicia militar que en la civil.¹⁸ También consideró válida la diferencia hecha por el legislador al sancionar algunos delitos (y no otros) como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa.¹⁹ Tampoco consideró que vulneraba la igualdad ante la ley establecer un tipo especial de sodomía, aplicable solo a aquellos casos en que el autor y la víctima (menor de edad) fueran varones.²⁰ En base a esos mismos criterios, consideró que se encontraban justificadas las diferencias hechas por el legislador en materia de excepciones oponibles por el deudor ejecutado cuando se trataba del cobro de deudas previsionales, en relación a

¹³ En la causa Rol 1414.

¹⁴ Tribunal Constitucional, Rol 1365.

¹⁵ Tribunal Constitucional, Rol 1448.

¹⁶ Tribunal Constitucional, Rol 1295.

¹⁷ Tribunal Constitucional, Rol 1584.

¹⁸ Tribunal Constitucional, (causa de Antuco), Rol 784.

¹⁹ Tribunal Constitucional, Rol 797.

²⁰ Tribunal Constitucional, Rol 1683, 4 de enero de 2011.

aquellas que pueden interponer otros ejecutados.²¹ También validó aplicar las diferencias establecidas en el DL 2.695 en materia de prescripción adquisitiva, mismas que resultan especiales respecto de las generales del Código Civil, aunque esas reglas no pasaron el examen en un caso en que no se verificaban las razones que justificaban esas diferencias.²² También rechazó la impugnación que se hacía a un proyecto de ley que solo otorgaba reajustes a un tipo de pensiones y no a otro.²³ Validó también el Tribunal que se aplicara la regla que obliga solo a los abogados, y no a otros profesionales, a atender ciertos asuntos, aunque no permitió obligarlos a hacerlo gratuitamente.²⁴ De igual modo, declaró que resultaba posible aplicar la diferenciación hecha por el legislador al reajustar algunas pensiones y no otras.²⁵ Asimismo, consideró que calcular de una determinada manera una indemnización por no dar recibo de facturas no afectaba el principio de igualdad.²⁶ Son muchas entonces las diferencias hechas por el legislador que el Tribunal ha considerado que pueden aplicarse sin infringir el principio de igualdad ante la ley.

Aunque mucho más escasas en número, otras diferencias no han pasado, en su aplicación práctica, el examen de ser suficientemente razonables. Así, por ejemplo, el TC estimó que infringía la Carta Fundamental la diferencia establecida por el Código de Procedimiento Penal entre el Ministerio Público y otros intervinientes del proceso para impugnar ciertas resoluciones.²⁷ Igualmente, y como ya se ha referido, en 1988 declaró inconstitucional una norma que aplicaba un mismo apremio ante el no pago de multas de distinta cuantía por infracciones diversas. Asimismo, ha estimado en diversos fallos, varios de los cuales fueron dictados en 2010, discriminatoria la norma que permite a las Isapres subir en determinadas proporciones los planes de salud, de acuerdo a factores de edad y sexo. De igual modo, estimó, por decisión de mayoría, que infringía el principio de igualdad tratar tributariamente como rentas de trabajador dependiente, las que percibían los *prácticos de puertos*, en condicio-

21 Tribunal Constitucional, Rol 977.

22 Tribunal Constitucional, Rol 707.

23 Tribunal Constitucional, Rol 219, 1995.

24 Tribunal Constitucional en las causas Rol 755, 1138 y 1140, y luego en examen abstracto de constitucionalidad en la causa Rol 1254.

25 Tribunal Constitucional, Rol 790.

26 Tribunal Constitucional, Rol 1564, 2010.

27 Tribunal Constitucional, Rol 1502.

nes que reunían todas las características de trabajadores independientes.²⁸

Desde el inicio de su quehacer, el TC ha entendido entonces que una diferencia arbitraria es aquella que carece de razonabilidad. A partir de 2006 esta definición, ciertamente tautológica, ha adquirido un significado algo más precisa, tal como pasamos a examinar.

3. Los cinco criterios que afloran de la jurisprudencia del TC para examinar si un precepto legal hace o no una diferencia arbitraria

Desde aquellas sentencias de los años 80, el análisis de los requisitos que debe cumplir una diferencia hecha por el legislador para no ser considerada arbitraria o pasar por el examen de razonabilidad ha sido desarrollado en fallos sucesivos, entre los cuales están los ya citados, hasta constituir –particularmente a la luz de una secuencia jurisprudencial de 2010– una doctrina constante. Ella exige cinco requisitos para examinar la razonabilidad de la diferencia hecha por el legislador: 1) el trato diverso se justifica en la medida en que las situaciones fácticas se diferencien por cuestiones objetivas y relevantes; 2) la diferencia no debe fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; 3) la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe ser lícita; 4) la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción, y 5) la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables a la luz de ese examen de proporcionalidad. A esos cinco criterios, algunos fallos de 2010 y 2011 han agregado la noción, empleada por el Tribunal Constitucional alemán, de diferencias esenciales y no esenciales. Este último concepto, si bien ha sido enunciado, no ha sido explicado ni aplicado por el TC chileno en términos suficientemente precisos que permitan prever el alcance de su aplicación a casos específicos.²⁹ En esas condiciones, será empleado en el presente artícu-

²⁸ Tribunal Constitucional, Rol 1399, 2010.

²⁹ Si bien en los fallos en que se emplea, v. gr. roles 1273 y 1710 de fechas 20 abril y 6 de agosto de 2010, la clasificación resulta empleada para concluir que diferenciar combinadamente por edad y sexo establece diferencias que afectan igualdades esenciales como son la igual dignidad de hombres y mujeres, este razonamiento no permite dilucidar por qué un razonamiento análogo autoriza otras diferencias que emplean uno u otro criterio, y que los mismos fallos citan como ejemplo de diferencias lícitas. Otros fallos enuncian el criterio pero no lo aplican. Tal es el caso de las sentencias de fechas 4 de noviembre de 2010 y 20 de enero de 2011, dictadas en las causas Roles 1399 y 1370, respectivamente.

lo como una consideración adicional al criterio señalado en el numeral 1) que antecede.

4. Enunciación y examen del primer requisito para que una diferencia pueda juzgarse razonable: el trato diverso solo se justifica en la medida en que las situaciones se diferencien en aspectos fácticos objetivos y relevantes

Para considerar que una diferencia de trato hecha por el legislador es razonable, el TC, en diversas sentencias, ha reiterado que la misma debe sustentarse en presupuestos objetivos. Al efecto, con frecuencia ha citado o referido jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Alemania y España que así lo han establecido. El típico razonamiento con que se ha expuesto y reiterado esta exigencia puede leerse en el considerando 16° de la sentencia del 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414:

Que, por otro lado, como también lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable **sino que además debe ser objetiva**. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador . (Énfasis añadido)

La exigencia de objetividad o de presupuestos objetivos de la diferencia no solo aparece en la sentencia Rol 1414 transcrita y en los Roles 755 y 790 que ella cita, sino que también es mencionada como exigencia en varios otros fallos.³⁰

Lo que, a efectos de un análisis como éste, importa de los estándares jurisprudenciales es que tengan suficiente especificidad para poder darles una

³⁰ Entre otras, en las siguientes sentencias de 2010: en la del 28 de enero, dictada en la causa Rol 1535, considerando 35; en la del 8 de abril, dictada en la causa Rol 1365, considerando 33; en la del 17 de junio, Rol 1584; en la sentencia de fecha 17 de junio, considerando 19; en la del 7 de septiembre, causa Rol 1448; en la del 9 de septiembre, Rol 1502, considerando 11; en la del 4 de noviembre, dictada en la causa Rol 1399, considerando 14°, y en el considerando 13° de la sentencia del 20 de enero de 2011, dictada en la causa Rol 1370.

aplicación operativa que permita prever resultados en nuevos procesos. Ello no resulta sencillo en este caso, pues, en general, los fallos no explican lo que este requisito de objetividad significa con precisión o lo que agrega al de la razonabilidad. En la búsqueda de dar un significado preciso a este estándar, es del caso registrar que, en las sentencias Roles 1273 y 1399, dictadas el 2010, y en la que falló la causa Rol 1370 de 2011, el Tribunal ha agregado a este concepto de las diferencias relevantes, el de las diferencias esenciales, razonando así:

[...] estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables”, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada “nueva fórmula”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto³¹.

En el caso, la categoría fue empleada para concluir que la Ley de Isapres, al permitir la fijación de precios diversos de planes de salud por factores de edad y/o por sexo, había infringido la esencial igual dignidad entre personas. Ello parece aludir más bien al criterio de diferencias éticamente reprobables, o al menos sospechosas, al que aludiremos en el numeral siguiente. A todo evento, esos fallos no ayudan mucho a especificar el criterio desde que, como ellos mismos reconocen, hay casos en los cuales los criterios de edad y/o de sexo pueden ser empleados por el legislador sin afectar igualdades esenciales. De

³¹ Cita del considerando 15° de la sentencia dictada en la causa Rol 1370, de enero de 2011. (Énfasis añadido)

esa manera, y al remitir al complejo concepto de esencialidad, el criterio difícilmente ayuda a especificar el alcance de las diferencias constitucionalmente tolerables.

Otras sentencias no explican el criterio de la objetividad, pero lo aplican razonadamente, ayudando así a determinar su sentido y alcance. Así, en su considerando decimoprimer, el fallo del 8 de enero de 2008, causa Rol 977, aplica esa exigencia de objetividad, validando que el legislador pudiera establecer unas distintas clases de excepciones susceptibles de oponerse ante diversas demandas ejecutivas de desigual naturaleza, razonando de un modo que puede ayudar a fijar el alcance del estándar que nos ocupa:

Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podría ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria³².

De la aplicación del criterio habido en el fallo recién citado, de los términos en que es generalmente expuesto, del hecho de presentarse como opuesto a lo arbitrario y en razón que la exigencia de objetividad se dirige a los presupuestos de la diferencia, puede colegirse que lo que exige este requisito es que las situaciones a las que la ley atribuye consecuencias diversas o de las que sigue consecuencias jurídicas dispares sean fácticamente distinguibles según características relevantes que resulten reconocibles por cualquier observador

32 Énfasis del original. En un voto de minoría dictado en la causa Rol 797, varios Ministros previnieron razonando acerca del cumplimiento del requisito de objetividad de un modo que hicieron equivalente a que la distinción no se fundara en características adscritas que los sujetos no podían alterar o en preferencias que resultaban lícitas y comprendidas en el ejercicio de la libertad. Esta exigencia será examinada en el numeral siguiente. Nos referimos al considerando 4° del voto particular de tres Ministros en la causa referida, en la cual se razona así: “Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de **criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria**, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. **De ese modo, el trato diferente no depende de características personales como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional del sujeto activo o su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito**”.

imparcial. Además, exige que la diferencia se funde en criterios éticamente aceptables, lo que será tratado en el número que sigue. Ciertamente, esa explicación no es suficiente para precisar el estándar que nos rige, pues aun exige discriminar entre las diferencias fácticas relevantes y las irrelevantes, pero nos permite avanzar un paso en la comprensión del derecho que nos rige.

Así entendida la exigencia de objetividad en la diferenciación, ella aparece exigida y aplicada en otra serie de fallos. Aludimos, por ejemplo, a lo que se razona en el considerando 72° de la sentencia del 3 de marzo de 2010, dictada en la causa Rol 1298, que, a su vez, alude al considerando 11° de la sentencia Rol 707, ambas referidas a casos en que se impugnó la aplicación de reglas contenidas en el DL 2.695 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz. En esos fallos aparece con claridad que lo que cabe exigir de un trato diverso hecho por el legislador es que las situaciones que distingue lo sean fácticamente en propiedades relevantes, pues lo que se estima prohibido es **“el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que lo justifique”**³³.

Existen otras sentencias en que se destaca que la regla que establece la diferencia lo hace respecto de un universo de personas que pueden encontrarse en una misma situación y no respecto de individuos determinados. Así, por ejemplo, en el considerando 30° de la sentencia del 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, se consignó que la especial obligación de registro de huellas de ADN no se aplicaba a una persona en particular, sino a cualquier condenado por ciertos tipos de delitos. De manera análoga, en el considerando 104 de la sentencia del 6 de octubre de 2009, causa Rol 1295, el Tribunal destacó que la obligación de financiar a Bomberos se imponía a toda una clase de empresas, como eran las compañías de seguros, sin excepción. El carácter general de la norma aparece como una razón para validar su aplicación también, entre otros, en el considerando 27° de la sentencia del 31 de marzo de 2008, Rol 755.

33 La frase citada se encuentra contenida en el siguiente párrafo: “Además, para que se entienda infringida la igualdad no basta con que se introduzca una diferencia entre distintos sujetos imperados, sino que además es necesario que esa diferencia sea arbitraria, es decir, carente de una justificación razonable. Con ello, reiteramos la jurisprudencia de esta Magistratura según la cual “...considerada en abstracto, la especialidad de las normas sobre regularización de la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes raíces contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, frente a las normas generales vigentes sobre la materia contenidas en el Código Civil, **no puede estimarse que introduzca una diferencia arbitraria que resulte contraria a la garantía de igualdad ante la ley, asegurada actualmente en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, pues lo que la Constitución prohíbe es el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique**, circunstancia que, en cambio, existe y fundamenta el sistema de posesión y adquisición del dominio de ciertos bienes raíces contenido en el Decreto Ley N° 2.695, de 1979;” (STC rol N° 707, considerando 11)”. (Énfasis del autor)

La misma doctrina de la necesidad de objetividad parece en el considerando 13° de la sentencia del 20 de enero de 2011, dictada en la causa Rol 1370.

En consecuencia, y para nuestros efectos, lo que importa retener es que, conforme a este primer criterio, la Constitución exige que una desigualdad de trato legislativo se funde en diferencias fácticas apreciables y relevantes que refieran a conductas y situaciones y no a personas determinadas.

5. Enunciación y examen del segundo requisito: para que la diferencia no sea arbitraria no puede fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; la diferencia no debe fundarse en supuestos injustificados, conforme a criterios de valor generalmente aceptados

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció, hace ya largo tiempo, que la diferencia que se hace en virtud de la raza o el color de la piel de determinados grupos resulta sospechosa y debe ser sometida a un escrutinio de razonabilidad especialmente severo, criterio que ha aplicado luego a otras categorías de personas, particularmente los llamados grupos vulnerables de la sociedad, aquellos que típicamente son objeto de prejuicios sociales que los aíslan.³⁴

Concordando en esta misma noción, central a las revoluciones francesa y norteamericana, diversos tratados internacionales han prohibido discriminar a las personas en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. Desde esta perspectiva, se sostiene que la ley puede hacer diferencias en base a esos criterios, pero el goce de los derechos queda garantizado con independencia de esos rasgos adscritos que la persona no escoge o de las opciones que forman parte de su libertad personal.

Como quiera que se enuncie este principio, es común acervo jurídico de la humanidad que las diferencias legales que se fundan en esas características adscritas y opciones personales legítimas resultan sospechosas de ser producto de prejuicios hostiles hacia grupos o personas distintas a aquellas que ostentan posiciones dominantes, tienden a hacer perdurar situaciones de privilegio injustificables desde el punto de la igual dignidad de toda persona y resultan, a lo menos, sospechosas de carecer de la suficiente razonabilidad o, lo que es lo mismo, de ser arbitrarias.

³⁴ La jurisprudencia puede ser consultada en cualquiera de los libros de casos de Derecho Constitucional, bajo el título de igualdad ante la ley. Para un análisis ya clásico de la misma, puede verse el libro de John H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, (Harvard University Press), varias reimpressiones.

El TC ha recogido esta misma noción, como un componente de las diferencias razonables. Típicamente la ha formulado citando, una vez más, jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el que, a su vez, la ha extraído de su par alemán. Así, a vía ejemplar, en el considerando 15° de la sentencia del 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, el TC, citando una sentencia del 30 de enero de 2008, razonó:

Que, como lo ha anotado esta Magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, **siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo**, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario (Rol N° 986/2008). (Énfasis añadido)

En múltiples fallos se hace alusión a que los criterios diferenciadores no pueden fundarse en diferencias de hecho injustificables desde el punto de vista de juicios de valor socialmente dominantes. La frase que se repite en varios de ellos es la siguiente:

De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos. En palabras del Tribunal Constitucional español, “**no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados** (STC 128/1987). (Énfasis añadido)³⁵

La misma idea, con expresa alusión a la jurisprudencia española y alemana, se ha repetido en otras sentencias.³⁶ Ella ha servido para declarar

³⁵ Tribunal Constitucional, Rol 1365, 2010, considerando 29°.

³⁶ Tal es el caso de los razonamientos contenidos en los considerandos 29° de la sentencia del 8 de abril de 2010, dictada en la causa Rol 1365; el considerando 34° de la sentencia del 28 de enero de 2010, dic-

inaplicable primero e inconstitucional después la diferencia en materia de costos de planes de salud, que permite la Ley de Isapres, en función del sexo o de la edad de los afiliados. Sin embargo, en otras sentencias, el sexo y la orientación sexual de las personas no han sido considerados un factor odioso para distinguir entre ciertas figuras penales. En efecto, en los fallos en que se ha declarado inaplicable el artículo 38 ter de la Ley 18.933, que habilitan a las Isapres a alzar los precios en razón de factores etéreos o de género –varios de los cuales fueron dictados en 2010–, el Tribunal estimó que esa autorización no superaba el estándar de la no discriminación. El TC razonó en esas sentencias que variar un precio en consideración a un hecho inherente a la naturaleza humana, como lo son la edad o el sexo, es ilícito.³⁷ Una diferencia de sexo, no fue, sin embargo, considerada como hostil e ilícita al tratar de manera diversa el delito de sodomía hacia menores de edad entre hombres.³⁸ El TC justificó un tipo especial de protección hacia víctimas menores en defensa de su identidad sexual y en el interés superior del niño, pero no explicó qué factores permiten justificar el trato diferente en la relación abusiva de un hombre hacia otro de igual sexo, en relación a análogo abuso que podría cometerse en relaciones lésbicas o heterosexuales en que la víctima fuere también un menor de edad.³⁹

En los mismos fallos sobre Isapres ya referidos, el Tribunal reprocha como discriminatorio que el precepto legal produzca una diferenciación según el nivel de ingresos de una persona, llegando incluso a impedir que ellas puedan permanecer en un tipo de sistema de seguro de salud privado. Tampoco expli-

tada en la causa Rol 1535; en el considerando 28° de la sentencia del 31 de marzo de 2008, dictada en la causa Rol 755, que luego se reiterara en otras análogas, como lo fueron las dictadas en las causas Roles 1138, 1140 y 1254. El 20 de enero de 2011, es reiterada en el considerando 12° de la sentencia dictada en la causa Rol 1307.

37 Típicamente, el razonamiento se encuentra en el considerando 61 de esa seguidilla de fallos. Al hacer esas consideraciones, el Tribunal no explica si toda vez que una distinción legal se haga en base a esos criterios que las personas no escogen libremente debe considerarse ilícita, lo que llevaría a resultados sorprendentes si se aplicara a las edades de jubilación o a los permisos de pre y post natal, o si por el contrario, hacer diferencia en base a esos factores debe tolerarse en determinados casos, cuál sería el criterio diferenciador y por qué no se satisfacía en la especie.

38 Tribunal Constitucional, causa Rol 1683, sentencia del 4 de enero de 2011, considerandos 23 a 34.

39 Tan solo en el considerando 32° hay referencia a la diferencia con las relaciones lésbicas, destacando que tan solo en las homosexuales cabe considerar que existe propiamente acceso carnal, pues el mismo exige que haya penetración, lo que no podría ocurrir en las relaciones lésbicas. El argumento no sirve para explicar por qué el tipo no se aplica cuando la víctima es mujer y el victimario hombre y parece tautológico, para diferenciarlo de las relaciones lésbicas, pues no justifica la relevancia constitucional de considerar el acceso carnal como factor determinante. El fallo tiene un voto de minoría, suscrito por tres Ministros, cuyo razonamiento recuerda que todo trato diverso hecho en base al sexo y orientación sexual de las personas es, conforme al derecho internacional, sospechosa de ser discriminatoria.

ca el Tribunal un criterio que permita distinguir el caso que trata de cualquier otro bien o servicio que tenga un precio o valor parcial o totalmente regulado por sus costos o por el mercado, y que típica y ciertamente se hacen prohibitivos para algunas personas conforme a su nivel de ingresos⁴⁰.

Más allá de la consistencia en la aplicación de este criterio o su significado exacto en casos debatibles, retengamos que lo esencial de él consiste en exigir que el criterio de clasificación que funda la diferencia legal sea sometido a un examen ético, según valores generalmente aceptados, de modo de poder detectar y cuestionar aquellas diferencias típicamente motivadas por prejuicios hostiles enquistados en grupos dominantes en contra de aquellos más vulnerables de la sociedad, particularmente cuando ellos se hacen radicar en características adscritas o en opciones impopulares, pero que deben estimarse como legítimas desde el punto de vista de la libertad individual.

6. Enunciación y examen del tercer requisito: la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe de ser lícita

El TC, siguiendo en esto una tendencia prácticamente universal en los países que cuentan con sistemas de control constitucional de la ley, somete las diferencias de trato que ella puede hacer a un examen de proporcionalidad. La categoría tiene raíces históricas antiguas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y ha sido modernamente formulada por Robert Alexy⁴¹, al sistematizar criterios aplicados por el Tribunal Constitucional alemán en la segunda mitad del siglo pasado. Un primer requisito de ese juicio de proporcionalidad exige que la finalidad perseguida al hacer la diferencia (o al limitar el ejercicio de un derecho) persiga una finalidad jurídicamente lícita, la que se juzga típicamente a la luz de los principios y valores del derecho, partiendo por los consagrados por la propia Carta Fundamental.⁴² De ese modo, se tolera que la ley haga una diferencia o que limite el ejercicio de un derecho a condición que se persiga una finalidad que pueda juzgarse como valiosa a la luz de la misma Carta Fundamental.

40 También se critica a estos fallos que, en control concreto, no acrediten que efectivamente los requirentes se encuentren en una situación económica que les impida o siquiera dificulte el pago de las primas de los seguros de salud. Entre otros, la crítica es formulada por Eduardo Aldunate, en su libro, *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008. Estudio selectivo*, (Legal Publishing), 2009, pp. 12-21.

41 Principalmente en sus libros *Teoría de los derechos fundamentales* y *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, publicados, en varias ediciones por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Ambos textos han sido traducidos y presentados por Carlos Bernal Pulido; quien además ha divulgado la obra de Alexy a través de varios artículos en que la comenta, analiza y difunde.

42 La exigencia ha sido también fraseada como fines “constitucionalmente válidos” en sentencias como la del 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, considerando 19°.

La exigencia de que la diferenciación deba perseguir una finalidad lícita o constitucionalmente válida aparece en prácticamente todas las sentencias dictadas a partir del año 2006 en que el TC ha aplicado el principio de igualdad. Al formularla, el Tribunal ha reconocido con frecuencia traerla de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que a su vez la ha traído de la jurisprudencia alemana. Así, por ejemplo, y fundándose en varias sentencias anteriores que cita, la del 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, la ha formulado así en su considerando 17°:

Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone **analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos**. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados. (Énfasis añadido)

La expresa referencia y cita de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español para invocar esta misma exigencia de finalidad constitucionalmente lícita o válida puede, por ejemplo, encontrarse en el considerando 20° de la sentencia del 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584, en que se destaca como una exigencia no única:

Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además [...] (Sentencias 76/1990 y 253/2004)

En otros considerandos el mismo Tribunal, en un estándar que parece ser algo menos exigente, ha dicho que la finalidad debe ser “tolerable”⁴³, “razonable”⁴⁴, “avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresa-

43 Así aparece formulado en el considerando 11° de la sentencia del 9 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1502.

44 Tribunal Constitucional, Rol 755, 2008, considerando 41°.

mente incluidos en ellas”⁴⁵ o que los fines deben “excluir la presencia de arbitrariedad”.⁴⁶

Sobre la base de enunciar y, en algunas sentencias de fijar un alcance en su aplicación a este requisito de que la finalidad de la diferencia hecha por el legislador sea objetiva, constitucionalmente válida, tolerable o admisible dentro de los límites constitucionales, y así libre de arbitrariedad, el TC ha considerado que cumplen con este estándar fines explícitamente contenidos en la Carta Fundamental, como el de asegurar el derecho a defensa a quienes no puedan procurárselos a sí mismos.⁴⁷ En otras sentencias se ha aceptado que cumplen con estos estándares fines que no aparecen directamente consagrados en la Carta Fundamental pero que se han estimado congruentes con el deber del Estado de procurar el bien común, como lo fue la finalidad de moderar el gasto fiscal, lo que se consideró el fin lícito perseguido por normas que establecieron un reajuste diferenciado de pensiones;⁴⁸ o el deber de someter a los agentes económicos a las exigencias de la libre competencia;⁴⁹ o los casos en que ha considerado lícito que el Estado favorezca la regularización de títulos de la pequeña propiedad y así favorezca la economía nacional;⁵⁰ o la finalidad de garantizar el pago de las cotizaciones de seguridad social,⁵¹ o la del buen funcionamiento del orden económico y mercantil.⁵² En otras muchas oportunidades se han considerado fines lícitos aquellos que responden a algún principio de equidad, como lo fue el caso en que se estimó razonable el propósito de obligar a empresas aseguradoras que se beneficiaban con el trabajo de bomberos a aportar financieramente a ellos.⁵³ En muchas otras oportunidades se ha considerado lícito un fin por estimarlo propio de la

45 Así se frasea, citando un fallo de la Corte Suprema de México, en el considerando 22° de la sentencia del 11 de diciembre de 2007, dictado en la causa Rol 790.

46 Ese es el lenguaje contenido en el considerando 37° de la sentencia del 7 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1448.

47 Tal es el caso de las sentencias dictadas en los requerimientos de inaplicabilidad Roles 755, 1138 y 1140 y de inconstitucionalidad dictada en la causa Rol 1240, en cuanto legitiman el turno de los abogados aunque rechacen su gratuidad.

48 Tribunal Constitucional, Rol 790, 2007,

49 Tribunal Constitucional, Rol 1448, 2010. Ver especialmente considerando 38°.

50 En las sentencias del 3 de marzo de 2010 y dictadas en las causas Roles 1298 y 707, respectivamente.

51 Ver Tribunal Constitucional, Rol 977, 2008, especialmente considerando 19°.

52 Así, en la sentencia del 7 de diciembre de 2010, en la causa Rol 1564, considerandos 53 y 54.

53 Tribunal Constitucional, Rol 1295, 2009.

esfera de discrecionalidad del legislador, como lo es la manera de prevenir y sancionar la delincuencia, permitiendo, en consecuencia, penas más severas a determinados delitos, según lo dañoso de los resultados o sometiendo solo a los responsables de algunos delitos a la obligación de registrar sus huellas genéticas.⁵⁴ Igualmente, el TC ha considerado lícita la finalidad de protección del interés superior del niño para validar la existencia de un tipo penal especial de sodomía hacia víctimas menores aunque solo se tratara de relaciones homosexuales, excluyendo las lésbicas;⁵⁵ y, en muchas oportunidades ha considerado lícito perseguir la seguridad jurídica.⁵⁶

Para comprender por qué el TC ha considerado como lícita la persecución de esta pléyade de fines, entre los que no solo se incluyen los expresamente consagrados en la Carta Fundamental, es útil recordar la ya tradicional y democrática doctrina de la deferencia hacia el legislador. Aplicada al examen de la licitud de los fines, el Tribunal ha planteado en varias sentencias que su control

no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron. El control consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados; en determinar si son suficientes y si son coherentes con la regulación que se estableció; y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular.⁵⁷ (Énfasis añadido)

54 Así, por ejemplo, la de sancionar con mayor gravedad una conducta según sus efectos, en sentencia del 17 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584; la de someter solo a los condenados por ciertos delitos a un registro de ADN, en la sentencia del 8 de abril de 2010, dictada en la causa Rol 1365 y la de sancionar como consumados ciertos delitos aunque se encuentren en etapa de tentativa, en la sentencia del 24 de enero de 2008, en la causa Rol 797.

55 Tribunal Constitucional, Rol 1683, 2011, especialmente el considerando 28°.

56 Véanse, por ejemplo, las sentencias Roles 946 y 968 de 2008 y 1332 y 1356, de fechas 21 de julio y 27 de agosto de 2009, respectivamente. En el considerando 23° de la sentencia del 18 de diciembre de 2008, dictada en la causa Rol 1201, razonó que “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”. El principio aparece como especialmente valorado también en la sentencia del 3 de marzo de 2010, dictada en la causa Rol 1298. Por otra parte, el Tribunal suele, en sus sentencias de inconstitucionalidad de normas vigentes, ponderar el beneficio constitucional de su invalidación con los costos que pueda producir para la seguridad jurídica, dando cuenta así de la importancia que asigna a este valor. Véase por ejemplo la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRES, de 6 de agosto de 2010, dictada en la causa Rol 1710, considerandos 42° y siguientes.

57 Tribunal Constitucional, Rol 1295, 2009 y reiterada en el considerando 73 de la sentencia del 3 de marzo de 2010, Rol 1298.

Para apreciar los límites de esta deferencia hacia el legislador, sería necesario examinar fallos que pongan esos límites, estimando como ilícita la persecución de ciertos fines. No nos ha sido posible encontrar fallos de esta especie, lo que podría estimarse como una señal de un alto grado de tolerancia del TC hacia el legislador en materia de determinar objetivos constitucionalmente aceptables.⁵⁸

7. Enunciación y examen del cuarto requisito: para no ser considerada arbitraria, la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción

El TC, al igual que prácticamente todos los órganos que ejercen control constitucional en el mundo, ha exigido también como parte del test de proporcionalidad que las diferencias hechas por el legislador resulten adecuadas y necesarias para alcanzar el fin lícito que se proponen. De este modo, y en razón de la adecuación, han de estimarse como no arbitrarias las diferencias que puedan aceptarse como razonablemente encaminadas a lograr los fines y como arbitrarias aquellas inconducentes al logro de fines lícitos con que pretenden justificarse. De igual modo, no deben pasar el test de necesidad aquellas medidas que establecen medidas dañinas que pueden razonablemente evitarse por caminos alternativos.

Estas exigencias de adecuación y necesidad aparecen formuladas en más de un fallo del TC. Así, por ejemplo, se constata en el considerando 20° de la sentencia del 15 de junio de 2010, dictada en la causa Rol 1584, particularmente en las expresiones que hemos destacado, que reiteran conceptos vertidos en dos fallos del año 2007:

Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, **sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin**, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por

⁵⁸ Los fallos que más podrían acercarse a poner esos límites serían los de Isapres. Sin embargo, el motivo de la inaplicabilidad en esos casos no es, al menos explícitamente, que se considere ilícita la finalidad del legislador de establecer un sistema privado de seguros de salud.

el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. (Énfasis añadido)

Igual frase se encuentra en el considerando 20° de la sentencia del 20 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 784. El criterio de idoneidad aparece también enunciado en otra sentencia de igualdad dictada el 2010⁵⁹ y aplicado en la del 3 de marzo del mismo año, en cuyo considerando 75° se razona en el sentido de que haber establecido una regla especial de prescripción adquisitiva aparece como un medio idóneo para favorecer la regularización del registro de la pequeña propiedad y así favorecer la economía, “ya que la titularidad de dominio que se le concede sobre la propiedad, efectivamente va a permitir que su titular la explote de un modo legítimo, accediendo a todos los medios disponibles en el mercado para llevar a cabo esa actividad. Que, por el contrario, sin dicha titularidad, la referida explotación se hace imposible.”

El alcance de lo que es un medio idóneo aparece explicado en la sentencia del 11 de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790, en cuyo considerando 22°, y por medio de una cita de un fallo de la Corte Suprema de México, se señala que “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.”

El criterio de adecuación y necesidad también resultaron decisivos en las sentencias Roles 755, 1138, 1140 y 1254, en cuanto en ellas se concluye que la gratuidad de los abogados de turno no constituye una medida necesaria exigible al Estado para alcanzar el fin de procurar asistencia jurídica a quienes no pueden procurársela por sí mismos. Al mismo tiempo, esos fallos establecen que la obligación del turno sí es un medio idóneo para satisfacer el fin aludido:

Por su parte, el instrumento, consistente en imponer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma en medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni impone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. [E]l Estado, entonces, pue-

59 Ver Tribunal Constitucional, Rol 1535, 2010, considerando 36°.

de satisfacerla transfiriéndola a los abogados [...], pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución [...]⁶⁰

Como puede apreciarse de los razonamientos referidos y citados, el TC distingue, como hace universalmente la teoría del examen de proporcionalidad, entre los requerimientos de adecuación y de necesidad. Por el primero, examina la aptitud de la diferencia legal para alcanzar el fin estimado previamente como lícito; por el segundo, se pregunta si el o los gravámenes impuestos resultaban indispensables para alcanzar la finalidad, estándar que se probará insuficiente cuando existan medios alternativos menos dañinos e igualmente aptos para alcanzar la finalidad.

Al igual que el estándar de la adecuación, el de la necesidad resulta bastante graduable. En efecto, en su versión más exigente, no debieran superarlo aquellas medidas respecto de las cuales el juez pueda imaginar un medio alternativo igualmente eficiente para alcanzar el fin y que resulte menos dañoso para los otros derechos afectados; en su versión menos severa, el estándar se satisface por el solo hecho de no establecer costos innecesarios o fácilmente evitables.

Resulta, por último, de interés citar la manera en que los requisitos de adecuación y necesidad son empleados en la sentencia del II de diciembre de 2007, dictada en la causa Rol 790, pues en ella se refleja que puede ser muy diverso el grado de exigencia que representan estos requisitos y que el TC más bien está por aplicarlos en un nivel de baja exigencia, satisfaciéndose con que haya una conexión racional entre el medio y el fin, con que el medio “se avenga” al fin o no resulte irracional la conexión y con que no se establezcan gravámenes innecesarios al logro del objetivo. Así, se lee en el considerando 26° del citado fallo, en el que se examinaba si un alza escalonada de pensiones era o no adecuada al fin de moderar el gasto fiscal y producir justicia distributiva:

Al respecto, debe concluirse que la diferencia resulta razonable desde esta perspectiva, **pues, para lograr la finalidad** de moderar el gasto fiscal e ir mejorando las pensiones más bajas de las personas de mayor edad, **no resulta irracional o injustificado establecer** un sistema de reajuste que diferencie sobre la base de criterios de edad y monto de las pensiones, estableciendo escalas decrecientes de reajuste según aumente el

60 Tomado del considerando 46° de la sentencia del 31 de marzo de 2008, en la causa Rol 755.

monto de las pensiones a reajustar y disminuya la edad del pensionado. **Ambos criterios se avienen con la finalidad** de moderar el gasto público y con criterios de justicia distributiva.

El Tribunal ha explicado la laxitud de sus estándares en una fórmula que empleó en el considerando 6° de la sentencia del 24 de enero de 2008, dictada en los autos Rol 797, y que luego ha reiterado en varias ocasiones: ⁶¹

Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. **Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer** que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos. **A esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad** que se apreciará en el considerando que sigue. (Énfasis añadido)

8. Enunciación y examen de un quinto requisito: para ser razonable, la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables

El TC, siguiendo también en esto una tendencia prácticamente universal, a partir de la sistematización hecha por Alexy de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, ha enunciado y aplicado el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Generalmente se explica éste como un ejercicio de ponderación entre los principios o bienes en juego, a objeto de evitar que, en procura de alcanzar objetivos lícitos, el legislador dañe desproporcionadamente otros bienes igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional. El examen –reitera siempre la doctrina– debe hacerse no respecto del peso de los bienes en abstracto, sino considerando específicamente, en el caso concreto, las probabilidades y

⁶¹ Ver, por ejemplo, los fallos dictados por el Tribunal Constitucional en las causas Roles 825, 829 y 1295.

magnitudes del daño y de los concretos beneficios previsibles con la medida legal en análisis.

De ese modo lo ha enunciado también el TC en un número significativo de fallos entre el 2006 y la fecha. Así lo deja patente el considerando 17° de la sentencia del 14 de septiembre de 2010, dictada en la causa Rol 1414, al referir cuatro fallos anteriores y reiterar, particularmente en las expresiones que hemos ennegrecido, con el objeto de destacarlas, este quinto requisito:

Que, en otras palabras, como también lo ha hecho presente esta Magistratura (roles N°s 755, 790, 1138 y 1140), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; **a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.** (Énfasis añadido)

Como puede apreciarse de la frase destacada, el TC, según lo anunciado, entiende que el juicio de proporcionalidad debe necesariamente sopesar los fines de la norma con los derechos afectados en la específica situación fáctica que se analiza.

Para el TC no es una exigencia que los beneficios sean claramente más que los daños, sino que el estándar es menor. Solo **se trata de verificar que los daños no sean abierta o manifiestamente desproporcionados a los beneficios susceptibles de esperar de la medida.** Solo si verifica esa abierta desmesura entre los beneficios y los daños previsibles, la diferencia debiera ser calificada de arbitraria o carente de razonabilidad. A partir de una cita de un fallo del TC español, el estándar ha sido enunciado por el TC chileno como una exigencia de evitar resultados **“especialmente gravosos o desmedidos”**. Así, por ejemplo, en el considerando 20° de la sentencia del 17 de junio de 2010, causa Rol 1584, se afirma:

Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, **de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un**

juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. (Énfasis añadido)

La misma idea de un estándar laxo o de abierta desmesura se expresó en términos de prohibir lo *abiertamente desproporcional*. Así, en la sentencia del 11 de diciembre de 2007, causa Rol 790, citando un fallo de la Corte Suprema de México, el TC chileno señaló que **“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 [...]” (Énfasis añadido) La satisfacción del requisito a través de que éste no resulte *abiertamente desproporcionado*, figura también en el considerando 27° de igual fallo.

En otros fallos, la misma noción se ha expresado afirmando que el juicio de proporcionalidad exige que la distinción que hacen los preceptos legales sea “tolerable para el destinatario”.⁶² En la causa Rol 1365 el Tribunal, para estimar que el daño resultaba tolerable, se satisfizo con que el gravamen (de someterse a un registro de ADN) fuera también en beneficio del propio condenado. Por su parte, la sentencia del 3 de marzo de 2010, causa Rol 1298, juzgó que el gravamen de hacer perder su derecho de propiedad al poseedor inscrito en una prescripción adquisitiva especial de corto tiempo, resultaba proporcional ante la expectativa de los beneficios esperables del más rápido saneamiento de los títulos de propiedad.⁶³ De igual modo, se consideró tolerable y no desmedido el instrumento de obligar a los abogados a servir, aunque no gratuitamente, turnos obligatorios para asegurar el derecho a defensa.⁶⁴ En un mismo sentido, se han considerado proporcionales las mayores penas impuestas a los responsables de delitos según el daño que estos acarrearán o los bienes jurídicos que protegen los tipos respectivos, todo ello con el fin de prevenir o abatir la actividad delictual. Asimismo, el TC justificó como proporcionado privar a los demandados de deudas previsionales de ciertas excepciones

62 Tribunal Constitucional, Rol 1535, considerandos 35 y 37, reiterado en el considerando 34 de la sentencia Rol 1365, del 8 de abril de 2010.

63 Ver especialmente el considerando 75° de la sentencia referida en el texto.

64 Tribunal Constitucional, Roles 755, 1138, 1140 y 1254. Ver especialmente el considerando 46 del primero de los fallos citados, el que se repite en los siguientes.

ante el beneficio esperado de garantizar su pago.⁶⁵ En ninguno de los casos citados el Tribunal ha exigido pruebas definitivas que lo convenzan, más allá de toda duda razonable, de que el fin se va a alcanzar, satisfaciéndose con un juicio de razonable probabilidad en la apuesta legislativa.

Que el estándar exista solo para prohibir casos de especial desmesura entre beneficios y daños probables y que no se exija certeza en el logro de los objetivos que justifican el daño o que se permita al legislador escoger *entre un abanico de medios* que no resulten *abiertamente desproporcionales* se explica por cuanto el juicio de constitucionalidad que aplica el TC chileno es uno de razonabilidad y no de méritos o de sustitución del legislador. Como ya se ha citado, al juicio de inaplicabilidad por inconstitucionalidad “no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad [...]”⁶⁶

Epílogo

Hemos realizado un somero examen de los dos criterios empleados por el TC antes de 2006 para dotar de algún contenido al principio de igualdad ante la ley, consistentes en la obligación de un diverso trato a las situaciones diferentes y a la obligación de pasar un estándar de razonabilidad para que la diferencia legal no pudiera ser calificada de “arbitraria”, y por ende, de incurrir en la conducta constitucionalmente prohibida. Ambos criterios fueron típicamente criticados por la doctrina como puramente tautológicos, circulares, carentes de significado suficiente para permitir predecir resultados y así tener un derecho común que rigiera las relaciones sociales, evitando que éste equivaliera a la pura discrecionalidad judicial.

A partir de 2006, el TC, siguiendo criterios jurisprudenciales extranjeros, especialmente de la Europa continental, los que generalmente tomó de fallos

65 Tribunal Constitucional, causa Rol 977, sentencia del 8 de enero de 2008. El juicio de proporcionalidad se razona en el considerando 19º: “Debe concluirse también que la diferencia persigue un fin lícito, como es la seguridad en el pago de cotizaciones de seguridad social adeudadas y la celeridad de su cobro procesal, lo que se justifica en las peculiares finalidades y características que debe atribuirse a estas cotizaciones en el ordenamiento jurídico chileno. En ese sentido, el carácter gravoso que pueda significar para el demandado el hecho de no contar, en este tipo de juicios, con la respectiva excepción de ineptitud del libelo, resulta proporcionado a tales finalidades”.

66 Tribunal Constitucional, Rol 829, considerando 21, reiterado en el considerando 32 de la sentencia del 8 de abril de 2010, Rol 1365.

españoles, va construyendo cinco estándares para examinar si una diferencia es o no arbitraria (o, si se quiere, seis, de agregarse el de las diferencias esenciales). 2010, con su abundante jurisprudencia en materia de igualdad, puede estimarse como el año en que esos criterios son reiterados y toman forma más o menos definida.

El objetivo de este artículo ha sido enunciar esos criterios o estándares con que el TC estima debe examinar si un trato diferente por parte del legislador ha de ser o no calificado de arbitrario y referir los casos en que ellos han sido formulados y/o aplicados. A partir de esas descripciones –y, mejor aun, si el lector va a los fallos referidos para juzgar por sí mismo–, se podrá valorar hasta qué punto esta batería conceptual nos ayuda a dotar al principio de igualdad de un significado intersubjetivo y común, capaz de limitar la discrecionalidad judicial; o si, por el contrario, continuamos navegando en un mar de tautologías, en referencias tan abiertas, vagas e imprecisas como lo es la propia idea de igualdad, lo que permite a los jueces imponer sus propias valoraciones a las del legislador.

Ciertamente la densidad conceptual no basta para dejar de navegar en el mar de la tautología y pasar a habitar en las aguas de un derecho común, de significado intersubjetivo que limite y controle la arbitrariedad de los que ejercen poder, incluyendo a los jueces. Para ello, sería necesario también –entre varias otras exigencias que no analizamos en este artículo– que los tribunales apliquen con rigor sus propias doctrinas y las mantengan en el tiempo, si no inmóviles, al menos con un alto grado de permanencia y con variaciones escasas y bien explicadas. Ciertamente, esto es de la máxima relevancia pues, más que elaborar una dogmática docta o incluso sabia, lo que se pide a los tribunales es que apliquen bien aquella que enuncian.

En un libro reciente, a propósito de la doctrina del examen concreto de inaplicabilidad, que el TC reitera con frecuencia, Eduardo Aldunate, analizando los fallos sobre Isapres, señala que “Este patrón discursivo se repite en otros casos, donde la referencia al caso concreto del control es simple anuncio de lo que el Tribunal no hace.”⁶⁷ A mi juicio, esta es una de las críticas más severas que pueden hacerse a un fallo o a una línea jurisprudencial. Dejo pendiente este importante examen: el de la consistencia en la aplicación de los estándares que el Tribunal Constitucional ha validado para examinar si las diferencias legislativas incurren o no en diferencias arbitrarias. Ya he dicho

67 Aldunate, E., op. cit., nota 39, p.15.

que, habiendo participado en el Tribunal, no creo tener la suficiente distancia y objetividad para emprender esta mirada necesariamente más crítica.

Dentro de márgenes, el derecho aspira a la certeza. En el caso del derecho constitucional, típicamente más conformado por principios abiertos que por precisas reglas, ese significado común solo puede construirse al cabo de años de práctica institucional consistente, a condición de que ella tenga un alto grado de aceptación social o que, al menos, sea percibida como legítima. Es probable que los estándares para examinar si una diferencia es arbitraria o razonable que hemos esbozado se mantengan en el tiempo. El desafío es entonces avanzar en dotarlos cada vez más de un significado intersubjetivo y de aplicarlos y requerir que se apliquen consistentemente.