



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Díaz García, Iván

Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, Iusfundamentalidad y Consecuencias

Ius et Praxis, vol. 18, núm. 2, 2012, pp. 33-75

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19725565003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY. CONCEPTO, IUSFUNDAMENTALIDAD Y CONSECUENCIAS*

IMPLEMENTING EQUALITY IN THE LAW.
CONCEPT, CONSTITUTIONALITY AND CONSEQUENCES

Iván Díaz García**

RESUMEN

La igualdad es un principio básico del ordenamiento jurídico chileno. Una de sus manifestaciones es la igualdad en la aplicación de la ley. Esta clase de igualdad se dirige a los órganos que ejercen jurisdicción y particularmente a los tribunales de justicia, y exige que se trate de la misma manera a aquellos casos que coinciden en todas sus propiedades relevantes. La igualdad en la aplicación de la ley es, además, un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico chileno, de modo que su infracción genera una contravención constitucional cuyas consecuencias deben ser estudiadas.

ABSTRACT

Equality is a main principle in the Chilean Mandamus. Implementing it in the law is one of its statements. This type of equality is addressed to all authorities wielding jurisdiction, in particular to law courts; furthermore, it demands to deal with the same means those cases fit in all their relevant characteristics. In addition, implementing equality in the law is an essential right in the Chilean Mandamus, so that, its transgression produce a constitutional infraction of which aftermath must be taken into a study.

PALABRAS CLAVE

Derecho Constitucional, Derechos Fundamentales, Principio de Igualdad

KEYWORDS

Constitutional Law, Fundamentals Rights, Principle of Equality

* Agradezco sinceramente los importantes comentarios formulados a una primera versión de este trabajo por los académicos de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco, Jordi Delgado, Eduardo Castillo y Juan Pablo Beca, y al Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco y académico Álvaro Mesa, los que han permitido enriquecer significativamente el presente trabajo. Los errores que subsisten son, evidentemente, de exclusiva responsabilidad del autor. Trabajo recibido el 21 de enero y aprobado el 31 de mayo de 2012.

** Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España; Académico en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco. Correo electrónico:ivandiaz@uctemuco.cl.

“Pues de aquí nacen las bregas y contiendas, cuando los que son iguales no tienen iguales cosas, o cuando los que no lo son las tienen y gozan”.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, III (1131a).

I. INTRODUCCIÓN

Acogiendo una acción de amparo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta sentenció, el 22 de octubre de 2004, que no procedía la prisión preventiva en contra de un imputado por el solo hecho de haber sido condenado en el respectivo juicio oral, mientras estuvieran pendientes los recursos deducidos en contra de dicha condena¹. El 28 de diciembre del mismo año, la misma Corte se pronunció en sentido exactamente inverso al rechazar la acción de amparo deducida a favor de un imputado que había sido sometido a prisión preventiva tras condenársele en el respectivo juicio oral². Pese a que en ambos casos la persona condenada había cumplido satisfactoriamente las medidas cautelares a las que se le había sometido durante el procedimiento, la primera decisión se fundó en la presunción de inocencia, mientras que la segunda se justificó en que “la prisión preventiva en la forma que está concebida, no constituye un adelantamiento de la condena y, por lo tanto, un quebrantamiento al principio de inocencia”.

En el ámbito de la justicia penal juvenil, el año 2009 la Corte de Apelaciones de Valparaíso sostuvo que la inclusión de la huella genética de un adolescente en el registro de ADN, de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 19.970, “no importa una pena accesoria o una alteración a las normas del procedimiento penal juvenil”, por lo que desestimó el recurso de amparo al efecto deducido a favor de un grupo de jóvenes en dicho registro³. En sentido exactamente inverso, en julio del mismo año la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que “la aplicación de la ley 19.970 a los adolescentes infractores de ley, es jurídicamente improcedente” y que, en consecuencia, no correspondía incluir su huella genética en el registro al efecto creado por dicha ley⁴.

Ahora, en materia laboral, la Corte Suprema declaró en sentencia de 8 de abril de 2010 que la sanción a que se refiere el artículo 162 del Código del

¹ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, recurso de amparo, 22 de octubre de 2004, rol N° 329-2004.

² Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, recurso de amparo, 27 de diciembre de 2004, rol N° 393-2004.

³ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, recurso de protección, 26 de enero de 2009, rol N° 609-2008.

⁴ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, recurso de amparo, 1 de julio de 2009, rol N° 494-2009.

Trabajo por no pago de las cotizaciones previsionales sólo se aplica a los empleadores que han retenido pero no han enterado tales cantidades en la AFP respectiva⁵. La misma decisión adoptó en la sentencia de 20 de abril de 2010⁶. Pese a ello, en sentencia de 23 de junio del mismo año, es decir, dos meses después de pronunciadas aquellas decisiones, la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció en sentido contrario⁷.

Los ejemplos pueden multiplicarse. Sin embargo, los reseñados son suficientes para evidenciar que, frente a un mismo hecho, en Chile una persona puede recibir desigual tratamiento por el mismo tribunal, por tribunales de la misma jerarquía, y por tribunales de distinta jerarquía en la que el inferior contradice una forma de tratamiento establecida por el superior. Lo primero significa que dependiendo del día en que la persona sea enjuiciada, frente a un mismo hecho se le pueden atribuir consecuencias jurídicas enteramente diversas. Lo segundo significa que, dependiendo del lugar en que la persona sea enjuiciada, frente a un mismo hecho se le pueden atribuir consecuencias jurídicas enteramente diversas. Lo tercero significa que, aun cuando un tribunal jerárquicamente superior haya determinado de manera constante las consecuencias jurídicas que se deben aplicar a un cierto hecho, los inferiores le pueden atribuir consecuencias jurídicas enteramente diversas.

Las situaciones descritas son vividas de manera cotidiana por los operadores jurídicos, esto es, jueces y abogados. Y, por lo mismo, se trata de una realidad aceptada o al menos asumida como parte de la lógica del sistema judicial. Sin embargo, tales constataciones seguramente causarían sorpresa en quienes son ajenos al estudio o la práctica del Derecho. Y no pueden dejar indiferente al jurista. Desde esta última mirada, diversas son las perspectivas desde las cuales se puede analizar aquella realidad, que, por cierto, ya ha sido objeto de algunos estudios en Chile. Una de esas perspectivas es el subsistema constitucional de los derechos fundamentales, y particularmente el principio de igualdad. Desde una tal perspectiva, la pregunta que inevitablemente se formula es la siguiente: ¿tiene algo que decir el derecho fundamental a la igualdad frente al diverso tratamiento que pueden recibir los mismos hechos, dependiendo del día, del lugar o del tribunal en que sean enjuiciados? Normativamente, la pregunta se puede formular del siguiente modo: ¿establece alguna prescripción el principio

⁵ Sentencia de la E. Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, 8 de abril de 2010, rol N° 9.265-2009.

⁶ Sentencia de la E. Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, 20 de abril de 2010, rol N° 852-2010.

⁷ Esta decisión de la I. Corte de Apelaciones de Santiago se encuentra consignada en la sentencia dictada por la E. Corte Suprema en unificación de jurisprudencia, 10 de noviembre de 2010, rol N° 5.451-2010, que la revoca.

constitucional de igualdad respecto del tratamiento que los tribunales deben otorgar a casos iguales? El presente trabajo pretende responder, precisamente, esta pregunta.

Pues bien, no parece difícil coincidir en que el principio de igualdad constituye uno de los pilares fundamentales de la organización política y jurídica de los Estados contemporáneos. En efecto, se trata de un principio recogido por diversos instrumentos internacionales y por la generalidad de las Constituciones de nuestro entorno. En este sentido, ciertamente nadie dudaría que se trata de una exigencia jurídicamente vinculante para el legislador y para la Administración. Sin embargo, seguramente más dudosa sería la respuesta si se pregunta si este principio obliga a los órganos encargados de ejercer jurisdicción. Y, aun en caso de responder afirmativamente, probablemente se multipliquen las propuestas al explicar en qué se traduce esa obligación.

El presente trabajo se inscribe en esta dimensión jurisdiccional del principio de igualdad, la que doctrinariamente se denomina *igualdad en la aplicación de la ley*. En particular, dos son sus objetivos. En primer lugar, y a partir de la formulación clásica de igualdad formulada por Aristóteles, precisar el significado de la igualdad en la aplicación de la ley. En segundo lugar, mediante el recurso a los consensos doctrinarios y a la argumentación iusfundamental, demostrar que la igualdad en la aplicación de la ley es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico chileno y que, en consecuencia, establece ciertas exigencias al tratamiento que deben dar los tribunales a los casos que son sometidos a su decisión cuando son iguales.

Tres son, al menos, las razones que justifican prestar atención a la igualdad en la aplicación de la ley. En primer lugar, seguramente se trata de una de las dimensiones menos exploradas del principio de igualdad. En segundo lugar, las conclusiones a que se arribe presentarán un alto impacto en la vida cotidiana de los ciudadanos, desde que se refiere a los órganos que ejercen jurisdicción para resolver los conflictos de relevancia jurídica que los afectan. Y, en tercer lugar, se relaciona íntimamente con los procesos de reforma procesal implementados en Chile en los últimos años y con los que se encuentran en proceso de formulación⁸.

⁸ Esto es especialmente evidente en el caso de la reforma procesal laboral y del proyecto de Código Procesal Civil en actual tramitación en el Congreso Nacional. En efecto, el Código del Trabajo contempla el denominado *recurso de unificación de jurisprudencia* (artículo 483). Por su parte, el proyecto de Código Procesal Civil remitido por el Ejecutivo al Congreso Nacional el 18 de mayo de 2009 incluye el recurso extraordinario, entre cuyas causales se encuentra la necesidad de unificar la jurisprudencia (art. 354). La conexión con el principio de igualdad en el caso de la reforma procesal penal es menos explícita, por cuanto la causal que permite la entrada de la exigencia de igualdad es la relativa a la infracción de derechos asegurados por la Constitución y por los tratados (art. 373, letra a), del Código Procesal Penal).

Con la finalidad de cumplir el objetivo más arriba mencionado, el trabajo se vertebría en torno a dos partes. En el primero de ellos se trata acerca del concepto de igualdad en la aplicación de la ley. El segundo se dedica a analizar si la igualdad en la aplicación de la ley es un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico chileno. El trabajo termina con las pertinentes conclusiones en las que se busca explorar acerca de las consecuencias de lo en él postulado.

II. CONCEPTO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Con miras a precisar el concepto de igualdad en la aplicación de la ley, esta primera parte se divide en cuatro apartados. En ellos se trata sucesivamente de la formulación clásica de la igualdad, la noción básica de igualdad en la aplicación de la ley, el significado de lo igual y lo desigual en esta clase de igualdad y el significado de tratar de la misma manera y de diversa manera dentro de esta misma categoría de igualdad.

1. La formulación clásica de igualdad

Un adecuado punto de partida para la comprensión del concepto de igualdad se encuentra en las ideas ofrecidas por Aristóteles. Al respecto expresa el estagirita en su obra *Política*: "Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales: y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"⁹. A partir de tales ideas se ha acuñado la *formulación clásica* de igualdad, entendida como tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual.

Aristóteles precisa su noción de igualdad destacando que las propiedades no deben ser consideradas como relevantes en sí mismas, sino por referencia a un determinado ámbito de tratamiento. Al respecto explica que "es evidente que también en los asuntos de la política no se discute razonablemente por los cargos basándose en cualquier desigualdad (pues si unos son lentos y otros rápidos, no por eso deben unos tener más y otros menos, sino que en las competiciones atléticas recibe esa diferencia su recompensa")¹⁰.

Las recién expuestas ideas de Aristóteles muestran que la igualdad, en el sentido en que se está analizando en el presente trabajo, presenta dos notas que deben ser explicitadas. En primer lugar, se trata de una igualdad normativa y no una igualdad en sentido fáctico¹¹. En efecto, aquélla no describe un estado de

⁹ ARISTÓTELES, *Política*, III, 9 (1280a).

¹⁰ ARISTÓTELES, *Política*, 1283a.

¹¹ En similar sentido, Atienza opone la igualdad de trato (lo que aquí se ha llamado igualdad en el plano jurídico) a la igualdad de características (lo que aquí se ha denominado igualdad fáctica). (ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, segunda reimpresión, Fontamara, México, 2003, p. 94).

cosas, no alude a la realidad, a cómo se presentan los hechos en el mundo¹². Lejos de ello, se trata de una exigencia, de una prescripción, una afirmación que se mueve en el plano del deber ser¹³. Esta aclaración parece casi innecesaria si se considera, como advierte Rawls, que no existe “ningún rasgo con respecto al cual todos los seres humanos seamos iguales, es decir, que todos (o un número lo bastante elevado) lo tengamos en el mismo grado”¹⁴.

En segundo lugar, la noción de igualdad es un concepto relacional. Eso significa que vincula dos personas, objetos o situaciones, esto es, los “pares en comparación”¹⁵. Haciendo una analogía con las matemáticas, el signo “igual” (=) siempre implica una relación entre dos elementos, uno de los cuales se ubica a la derecha de ese signo y el otro se ubica a la izquierda del mismo¹⁶. En este sentido, y volviendo al plano jurídico, la igualdad se cumple cuando se trata de la misma manera a dos elementos que se considera iguales entre sí y cuando se trata de diversa manera a dos elementos que se considera desiguales entre sí. A la inversa, la igualdad se vulnera cuando se trata de diversa manera a dos elementos iguales y cuando se trata de la misma manera a dos elementos des-

¹² En el mismo sentido, expresa Calsamiglia: “el principio de igualdad es un concepto normativo. Cuando decimos que todos los hombres son iguales no estamos describiendo lo que ocurren en el mundo, que todos los hombres tienen más o menos las mismas capacidades o el mismo talento, sin distinciones de razas o de sexos (...). El principio de igualdad no es un principio descriptivo de la realidad social, sino que es una exigencia, nos indica cómo deben ser los hombres en una sociedad justa” (CALSAMIGLIA, Albert, “Sobre el principio de igualdad”, en MUGUERZA, Javier, y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 98).

¹³ En palabras de Añón Roig, la igualdad es un concepto normativo “que prescribe tratar a los seres humanos ‘igualmente’” (AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 289).

¹⁴ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, segunda reimpresión (Traducc. María Dolores GONZÁLEZ) Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 458.

¹⁵ Al respecto Rubio Llorente explica que la igualdad “es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los «términos de la comparación»” (RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 31, enero-abril 1991, p. 12). La idea se encuentra también en ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. Ernesto GARZÓN VALDÉS), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 388 y 389, quien habla de “pares de comparación”.

¹⁶ La analogía ha sido tomada de BOTTA ROCCATAGLIATA, José, “¿De nuevo la igualdad en los concordatos?”, en *Revista de Derecho, Universidad de Montevideo*, Año VII, Nº 13, 2008, p. 9. aunque útil, conviene advertir que el símil entre la igualdad jurídica y el signo igual propio de las matemáticas es en algún grado inexacto. En efecto, en las matemáticas dicho signo puede ser utilizado tanto para expresar la igualdad de los elementos que se encuentran a ambos lados del mismo (ejemplo, $a+b=c$) como para expresar identidad entre los mismos (ejemplo, $a=a$). Sin embargo, su uso resulta útil para expresar la necesidad de contar siempre con dos elementos en comparación.

iguales¹⁷. En consecuencia, si en un determinado caso no existen elementos en comparación, entonces en el mismo no se encuentra involucrada la igualdad.

El carácter relacional de la igualdad permite concluir que en aquellos casos en que el derecho utiliza expresiones como "todo", "toda", "nadie" y otros similares, que se refieren a los sujetos de manera genérica, no hay una vulneración al principio de igualdad. Esto se debe, en primer lugar, y desde un punto de vista conceptual, a que admitir lo contrario conduciría a vaciar de contenido la noción de igualdad, porque el "examen de igualdad no sería ya lo que indica su nombre: un examen de igualdad", acertadamente afirma Alexy¹⁸. En segundo lugar, y desde un punto de vista lógico, porque la vulneración de derechos conferidos a los sujetos de manera genérica sin que existan pares en comparación impide afirmar un quiebre de la igualdad. Así, por ejemplo, el artículo 19, número 6, de la Constitución chilena expresa: "La constitución asegura a todas las personas el ejercicio libre de todos los cultos". Pues bien, si se prohibiera a todas las personas ejercer su libertad de culto no sería lógicamente posible alegar una infracción a la igualdad. Sin embargo, evidentemente se estaría conculcando el ejercicio del derecho a la libertad de culto. El mismo razonamiento se puede seguir con cualquier otro derecho concedido a las personas de manera genérica en los que no existen pares en comparación. Esto muestra que la igualdad no se encuentra comprometida por el simple hecho de utilizarse expresiones como "todo", "todas", "nadie" y otras que confieren derechos de manera general¹⁹.

Ahora bien, la formulación clásica del concepto de igualdad cuenta con amplia aceptación tanto en el uso jurisdiccional contemporáneo, como en la doctrina nacional y comparada. En efecto, y desde un punto de vista jurisprudencial, ha sido seguida, por ejemplo, por la Corte Constitucional colombiana²⁰,

¹⁷ Respecto de la contravención a la igualdad, con acierto destaca Cobreros Mendazona que "no genera duda alguna que tratar desigualmente lo igual supone una discriminación inadmisible, pero no sucede lo mismo con el trato igual de lo distinto". Sin embargo, añade la autora, la doctrina se ha ido abriendo a esta segunda forma de violentar la igualdad, lo que se ha dado en llamar *discriminación por indeferenciación* (COBREROS MENDAZONA, Edorta, "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 81, septiembre-diciembre 2007, p. 72).

¹⁸ ALEXY, *Teoría*, cit., nota n. 15, p. 389.

¹⁹ En sentido contrario, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, pp. 103-106, y FIGUEROA G., Rodolfo, "Igualdad y discriminación", 2000, pp. 29 y siguientes. Ambos entienden que la vulneración de derechos conferidos mediante expresiones como "todo", "toda", "nadie" y otros similares que se refieren a los sujetos de manera genérica implica una contravención a la igualdad.

²⁰ La Corte Constitucional colombiana ha dictaminado en su sentencia C-895/99, de 10 de noviembre, bajo el apartado V, lo siguiente: "El principio de igualdad, como lo ha reiterado la Corte, no consiste en la ciega aplicación de normas exactas a todas las personas, independientemente de sus diferencias

por el Tribunal Constitucional de Bolivia²¹, y por el Tribunal Constitucional chileno²², entre otros. En la doctrina ha sido expresamente mencionada, siempre por vía ejemplar, por el alemán Robert Alexy²³, por la española Loreto Feltre²⁴, y por la chilena Alejandra Zúñiga²⁵, entre otros.

Precisamente, debido a ese consenso, todas las clases de igualdad, en cuanto constituyen especificaciones de la igualdad, pueden ser definidas a partir de su formulación clásica. Por la misma razón, esto es, por el consenso con que cuenta, se justifica que así sea. Dicho de otro modo, la noción clásica de igualdad se proyecta hacia las diversas clases de igualdad al momento de intentar una definición para estas últimas. Esto es evidentemente procedente respecto de la igualdad en la aplicación de la ley.

2. Noción básica de igualdad en la aplicación de la ley

La doctrina comparada ha formulado una importante distinción entre igualdad en el contenido de la ley e igualdad en la aplicación de la ley²⁶. Esta clasificación ha sido recogida por autores nacionales, en algunos casos bajo las fórmulas de igualdad ante la ley e igualdad ante la justicia, respectivamente²⁷, y en otros bajo las expresiones igualdad en la ley e igualdad ante la ley, también

accidentales, sino en dar el mismo trato a lo que es igual, contemplando reglas diversas para lo que presenta peculiaridades no susceptibles de igualación”.

²¹ El Tribunal Constitucional de Bolivia en su sentencia 0079/2006, de 16 de octubre, apartado III.3, cita la sentencia 0049/2003, de 21 de mayo, para reiterar que el modo de cumplir con el principio de igualdad “es aplicando la máxima o fórmula clásica: ‘se debe tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual’. En eso consiste la verdadera igualdad”.

²² El Tribunal Constitucional chileno sostuvo en su sentencia 219, de 1995, considerando 17, que “la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean”. Similar declaración se contiene en la sentencia rol Nº 53 de 1988, considerando 72.

²³ ALEXY, *Teoría*, cit., nota n. 15, p. 385.

²⁴ FELTRER RAMBAUD, Loreto, *La igualdad entre los sexos: las acciones positivas*, 1997, sin paginación.

²⁵ Siguiendo a Aristóteles, Alejandra Zúñiga explica que “el principio de igualdad, correctamente entendido, contiene dos subprincipios que, siguiendo la clásica máxima de Aristóteles que nos pide ‘tratar igual lo que es igual, y diferente lo que es diferente’, nos permiten hacer la distinción tradicional entre igualdad por equiparación e igualdad por diferenciación” (ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, AGUILERA BERTUCCI, Daniela, y VÁSQUEZ BRAVO, Andrea, “Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XX, Nº 2, 2007, p. 17).

²⁶ Al respecto ver, por ejemplo, HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)”, 1994, pp. 693-712; GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Igualdad y respeto al precedente”, 1993-1994, pp. 211-227; y CALSAMIGLIA, *Sobre el principio*, cit., nota n. 12, p. 101.

²⁷ Verdugo y Pfeffer en VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho constitucional*, tomo I, segunda edición, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002,

respectivamente²⁸. Tal distinción es esencial para los fines del presente trabajo, pues estas dos categorías difieren sustancialmente no sólo en lo conceptual, sino también en cuanto a los análisis conducentes a determinar su iusfundamentalidad.

Desde el punto de vista conceptual, la igualdad en el contenido de la ley constituye un mandato al legislador y consiste en que las prescripciones del Derecho²⁹ deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales. La igualdad en la aplicación de la ley, por su parte, se refiere a la noción clásica de igualdad direccional hacia el juzgador. *Consiste en que el órgano que ejerce jurisdicción debe tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual.* En este sentido se pronuncian Mendonça y Guibourg³⁰, Molina Guaita³¹, Cea Egaña³², Verdugo y Pfeffer³³, Figueroa³⁴,

pp. 214 y 217; y MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, pp. 260 y 262, coinciden en distinguir entre igualdad ante la ley e igualdad ante la justicia.

²⁸ En este sentido, CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 141; y FIGUEROA, *Igualdad*, cit., nota n. 19, p. 34, aunque este último utiliza indistintamente las expresiones igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley.

²⁹ Diversos autores chilenos ponen el acento en que la igualdad en la ley no se refiere sólo a los textos jurídicos emanados del legislador, sino en general a toda norma jurídica. En este sentido, Verdugo y Pfeffer explican lo siguiente: "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 que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares" (VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 27, p. 214). A su turno Molina afirma: "La igualdad ante la ley significa que deben contemplarse las mismas normas jurídicas para todas las personas que se encuentren en análogas situaciones de hecho". Y con acierto precisa que se trata de una igualdad ante el Derecho, ante toda norma que integra el Derecho, "cualquiera sea su rango en el ordenamiento jurídico y el órgano estatal del que ha emanado" (MOLINA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 27, pp. 260 y 261).

³⁰ En el mismo sentido Mendonça y Guibourg afirman: "Tratar los casos iguales de manera igual es una de las formulaciones típicas de la regla de justicia", y precisan que la regla de justicia lo es de la justicia formal, esto es, la igualdad en la aplicación de la ley (MENDONCA, Daniel, y GUIBOURG, Ricardo A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 185 y 186).

³¹ Molina Guaita coincide con lo señalado, en el sentido que la igualdad en la aplicación de la ley se refiere a la función jurisdiccional (MOLINA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 27, p. 262).

³² Según Cea Egaña, la igualdad en la aplicación de la ley "se refiere a la igualdad más que nada procesal" (CEA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 28, p. 141).

³³ Verdugo y Pfeffer sostienen que la igualdad en la aplicación de la ley es propia del ámbito procesal (VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 27, p. 217).

³⁴ Figueroa afirma que la igualdad en la aplicación de la ley "constituye una exigencia que apunta no a sus contenidos sino a su aplicación, sea por parte de la autoridad administrativa o de cualquier otro agente, en el sentido de que dicha aplicación debe ser igualitaria" (FIGUEROA, *Igualdad*, cit., nota n. 19, p. 34).

Ollero³⁵ y, aunque más ampliamente, Evans De la Cuadra³⁶, entre muchos otros autores. Este significado, es decir, que el órgano jurisdiccional debe tratar de la misma manera a lo igual y de diversa manera a lo desigual, es lo que en adelante se denominará *noción básica* de igualdad en la aplicación de la ley.

Ahora bien, la noción básica de igualdad en la aplicación de la ley, al igual que la formulación clásica del concepto de igualdad, tiene importantes problemas de imprecisión³⁷. En este sentido, Rawls ha sostenido que lo que él denomina igualdad de consideración, y que resulta pertinente a lo que aquí se ha denominado igualdad en la aplicación de la ley, “no plantea restricciones acerca de las bases que puedan ofrecerse para justificar las desigualdades. No hay garantía alguna de un tratamiento sustutivo igual, porque incluso los sistemas de esclavitud y de castas (para mencionar casos extremos) pueden satisfacer esta concepción”³⁸.

Aquella imprecisión exige, de un lado, elucidar qué es lo igual y qué es lo desigual, es decir, cuándo dos elementos en comparación son iguales o desiguales, desde el punto de vista de un juzgador. De otro lado, se debe esclarecer qué significa que el juzgador deba tratar de la misma manera o de diversa manera, según se trate de lo igual o de lo desigual, respectivamente³⁹. Sólo si se echa luz sobre estas cuestiones será posible precisar en qué consiste la exigencia de igualdad en la aplicación de la ley⁴⁰. A la consideración de ambos asuntos se dedican los dos siguientes apartados.

³⁵ OLLERO, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 23.

³⁶ Evans De la Cuadra afirma que el mandato del artículo 19, número 3, se dirige no sólo a los tribunales, sino más genéricamente a toda autoridad (EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo II, tercera edición actualizada, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 140).

³⁷ Apuntando a la vaguedad de la formulación clásica del concepto de igualdad, Jiménez Campo afirma que dicha formulación “no dice apenas nada, delata sólo nuestro problema” (JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 9, septiembre-diciembre 1983, p. 90).

³⁸ RAWLS, *Teoría*, cit., nota n. 14, p. 458.

³⁹ La necesidad de esclarecer estos dos problemas es planteada por Bobbio respecto de la igualdad en los siguientes términos, los que son perfectamente reconducibles a la igualdad en la aplicación de la ley: “Decir que en las relaciones humanas debe ser aplicado el principio de igualdad significa poco, si no se especifican al menos dos aspectos: 1. ¿Igualdad en qué? 2. ¿Igualdad entre quiénes?” (BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos* (Traducc. Rafael De Asís Roig), Sistema, Madrid, 1991, p. 45).

⁴⁰ Alessandro Pace afirma que “un pretendido «derecho a la igualdad», sin especificación alguna sobre el contenido, sería conceptualmente inadecuado y desprovisto de la necesaria autonomía”. Distinto es, añade el autor italiano, si se somete “a consideración una discriminación respecto al goce de un concreto bien de la vida. En tal hipótesis se tratará, más correctamente, de un «derecho a la igualdad de trato» en relación a ese concreto bien; y no del derecho al respeto del principio general de igualdad” (PACE, Alessandro, “Igualdad y libertad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 64,

3. Lo igual y lo desigual en la igualdad en la aplicación de la ley

3.1. El significado de lo igual y de lo desigual

Para explicar qué es lo igual, es decir, cuándo los términos en comparación son iguales, y qué es lo desigual, es decir, cuándo los elementos en comparación son desiguales, resulta conveniente seguir a Comanducci. El autor italiano relaciona la expresión igualdad con las nociones de identidad y semejanza. Adviértase que estas tres expresiones, identidad, igualdad y semejanza, coinciden en que son aplicables cuando se comparan dos o más elementos. Sin embargo, mientras la primera es descriptiva, las otras dos son valorativas.

En efecto, al hablar de identidad se asume una perspectiva meramente descriptiva y se afirma que dos o más elementos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades, características, rasgos o cualidades⁴¹. En este sentido se pronuncia Comanducci cuando explica que el juicio de identidad "indica que dos o más objetos tienen en común todas sus características, no sólo algunas ni sólo las relevantes"⁴². De este modo, se considera la totalidad de las propiedades de los elementos en comparación, sin realizar ningún juicio de valor respecto de alguna o algunas de ellas.

La expresión igualdad, por su parte, es valorativa y se utiliza cuando se afirma que los términos en comparación coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes⁴³. Para estos efectos no interesa cuántas propiedades se consideren relevantes (incluso puede ser sólo una), sino sólo que la coincidencia se produzca en todas ellas⁴⁴. Tampoco interesan aquellas propiedades que se consideran irrelevantes, de modo que carece de importancia si entre ellas existe coincidencia

enero-abril 2002, p. 56). No parece posible coincidir con esta perspectiva. La sola especificación de que se trata de la igualdad respecto de un determinado bien, por ejemplo, el bien consistente en la aplicación de la ley, mantiene intactos los dos problemas enunciados en el texto principal, esto es, quiénes son lo igual o lo desigual y qué significa tratarlos de la misma manera o de diversa manera. Problemas cuya solución resulta imprescindible para la adecuada comprensión y aplicación de la igualdad en la aplicación de la ley.

⁴¹ En este trabajo habitualmente se preferirá la expresión propiedades, utilizada por Alexy (ALEXY, *Teoría*, cit., nota n. 15, pp. 384 y ss.), en lugar del sustantivo características empleado por Comanducci (COMANDUCCI, Paolo, "Igualdad liberal", 1999, pp. 84 y ss.) o del término rasgos usada por Rubio Llorente (RUBIO, *La igualdad*, cit., nota n. 15, pp. 9-38), pero en todo caso como sinónima de estas dos últimas.

⁴² COMANDUCCI, *Igualdad*, cit., nota n. 41, p. 84.

⁴³ En el mismo sentido, Mendonca y Guibourg expresan que "Es obvio que no todas las propiedades son relevantes para la caracterización de un caso. La selección de las propiedades relevantes es, en buena medida, un problema valorativo" (MENDONCA y GUIBOURG, *La odisea*, cit., nota n. 30, p. 187).

⁴⁴ Rubio Llorente señala al respecto que la igualdad se predica de elementos homogéneos (es decir, que coinciden en todas sus propiedades relevantes, de acuerdo con la terminología empleada en este trabajo), con independencia que el punto de vista adoptado o *tertium comparationis* "obligue a tomar en consideración sólo un rasgo (por ejemplo, sólo el sexo), varios o muchos (por ejemplo, además

o divergencia. Por tanto, mientras en la identidad hay coincidencia en todas las propiedades de los términos en comparación, en la igualdad hay coincidencia en todas las propiedades relevantes⁴⁵.

La semejanza, por último, también es una expresión valorativa y se emplea cuando los términos o elementos en comparación coinciden en al menos una propiedad relevante y divergen en al menos una propiedad relevante. Por tanto, no interesa cuántas propiedades se consideren relevantes, sino sólo que en al menos una de ellas exista coincidencia y que en al menos una de ellas exista divergencia. Tampoco interesan aquellas propiedades que se estiman irrelevantes, sea que exista coincidencia o divergencia en todas o algunas de ellas. De este modo, mientras en la igualdad se produce coincidencia en todas las propiedades relevantes de los términos en comparación, en la semejanza se produce coincidencia en algunas de las propiedades relevantes y divergencia en otras⁴⁶. Ambas expresiones, valorativas, según se ha dicho, se distinguen de la noción identidad en que esta última, meramente descriptiva, considera todas las propiedades y no sólo las relevantes.

A partir de lo expuesto resulta posible afirmar que lo *igual* se refiere a elementos en comparación que coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes y que lo *desigual* alude a elementos en comparación que divergen en al menos una de sus propiedades relevantes. En el primer caso se dice que son iguales y en el segundo caso se dice que son desiguales⁴⁷. Lo igual y lo desigual aluden siempre, por tanto, a pares en comparación que coinciden o no coinciden en sus características o propiedades relevantes. Esto es, pues, conceptualmente lo que se debe entender por *lo igual* y por *lo desigual*.

del sexo, también la edad, la estatura, el grado de instrucción, la localidad de origen, etc.)" (RUBIO, *Igualdad*, cit., nota n. 15, p. 13).

⁴⁵ Explica Comanducci que se formula un juicio de igualdad cuando se afirma que los términos en comparación "poseen al menos una característica relevante en común. Decir que dos entes son iguales no equivale a afirmar que son idénticos. Equivale a afirmar que, a pesar de que no son idénticos, hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos de lado y tomamos como relevantes las características que tienen en común" (COMANDUCCI, *Igualdad*, cit., nota n. 41, p. 84).

⁴⁶ "La semejanza también es una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos, que poseen al menos una característica relevante en común: pero en el caso del juicio de semejanza no hacemos abstracción de la diferencia entre los dos sujetos u objetos que juzgamos semejantes", explica Comanducci (COMANDUCCI, *Igualdad*, cit., nota n. 41, p. 84).

⁴⁷ Conviene advertir que en algunos casos se podrá afirmar que los elementos en comparación son desiguales y semejantes, simultáneamente. Esto ocurrirá si cuentan con dos o más propiedades relevantes y coinciden en alguna o algunas y divergen en la o las restantes. Si, por el contrario, sólo hay una propiedad relevante y divergen en la misma, serán desiguales, pero no semejantes. Esta precisión conceptual no es, sin embargo, significativa desde el punto de vista jurídico. En efecto, sean desiguales o semejantes, los elementos en comparación deberán ser tratados de diversa manera.

3.2. *Lo igual y lo desigual en el ámbito procesal*

Precisado conceptualmente qué es *lo igual* y *lo desigual*, es decir, cuándo los elementos en comparación son iguales o desiguales, corresponde explicitar a qué se alude con tales expresiones cuando se trata de la igualdad en la aplicación de la ley. Al respecto parece posible encontrar al menos dos opciones:

a) Las partes de un mismo proceso como *lo igual*

Algunos autores han planteado que, en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley, lo igual en una determinada causa son las partes del mismo. En tal evento se entiende que una de las partes en el proceso es lo igual respecto de la otra de las partes en el mismo proceso, es decir, son iguales. En este sentido parece manifestarse Pfeffer cuando sostiene que la igualdad en la aplicación de la ley supone "un trato igualitario a todas las personas comprometidas o sometidas a un mismo proceso o juicio"⁴⁸. En la misma línea parece incluirse Evans Espíñeiro, quien sostiene que esta igualdad "contempla la custodia de importantes bienes jurídicos como son la igualdad de las partes en la relación jurídica procesal"⁴⁹. Desde la perspectiva que se está presentando, las partes de un mismo proceso serían lo igual (o iguales) y, por lo mismo, tendrían derecho a ser tratadas de la misma manera al interior de un mismo proceso.

No resulta posible coincidir con esta forma de entender lo igual en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley. Las partes de un mismo proceso no son iguales entre sí frente al juzgador. Más bien, al contrario, son desiguales para el tribunal. Sólo si se admite que son desiguales resulta posible comprender porqué son tratados de diversa manera, por ejemplo, al otorgarse acción al demandante y excepciones al demandado, o al concederse lo pedido a una de ellas y negárselo a la otra. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional chileno, que al respecto ha sostenido que la igualdad "en el ejercicio de los derechos no puede consistir en que las distintas partes que confrontan pretensiones en un juicio tengan idénticos derechos procesales"⁵⁰.

⁴⁸ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Derecho constitucional*, tomo I, Ediar ConoSur, Santiago de Chile, 1985, p. 372.

⁴⁹ EVANS ESPÍÑEIRO, Eugenio, "La igualdad ante la justicia. Desafío modernizador de algunas jurisdicciones especiales", en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (ed.). *20 años de la Constitución chilena. 1981-2001*, Conosur, Santiago de Chile, 2001, p. 182.

⁵⁰ Complementando esa idea, el Tribunal Constitucional afirma: "Del momento en que uno es demandante y el otro demandado, ya sea en calidad de tercero poseedor o de deudor hipotecario de la entidad bancaria demandante, tendrán posibilidades de actuación distintas; el ejecutante ejercerá acciones y los demandados opondrán las defensas y excepciones que les correspondan. Cada una de esas actuaciones procesales estará regida por reglas propias, que no pueden ser idénticas, pues las actuaciones reguladas no son similares" (Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 811-2007, de 31 de enero de 2008, considerando decimosexto).

Ahora bien, aunque las partes de un mismo proceso no son iguales entre sí, se les deben otorgar las mismas posibilidades en lo relativo a alegar, probar y controvertir las pretensiones de la contraria. Sin embargo, y como es evidente, *ser iguales y contar con iguales posibilidades procesales* no significan lo mismo. Seguramente una confusión entre esas dos ideas es lo que produce la errónea comprensión de *lo igual* en la igualdad en la aplicación de la ley. Desechada esta opción, es necesario buscar otra forma de explicar el significado de *lo igual* y *lo desigual* en esta materia.

b) Casos diversos como *lo igual*

En la doctrina también se ha sostenido que, en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley, las nociones de *lo igual* y *lo desigual* aluden a casos diversos. En tal evento se afirma que un determinado caso sometido a la decisión del juzgador es *lo igual* respecto de otro caso sentenciado con anterioridad. Al respecto Verdugo y Pfeffer explican que la igualdad ante la justicia supone “el derecho de quienes son juzgados en un juicio determinado a recibir el mismo trato que en otros juicios o procesos han recibido otras personas que estaban en su misma situación”⁵¹.

Como se puede advertir, la expresión *caso* es un elemento clave en la precisión de *lo igual* y de *lo desigual* en el ámbito de la aplicación de la ley. Sin embargo, su ambigüedad hace necesario precisar a qué se alude al utilizarla. En el presente contexto, la expresión *caso* se refiere a la reconstrucción de un acontecimiento acaecido en un momento y en un lugar determinados a partir de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes, es decir, a partir de los elementos que se consideran relevantes desde la perspectiva de su evaluación jurídica⁵². Dicho de otro modo, se trata de un acontecimiento real, que ha acaecido, pero relatado exclusivamente en atención a sus circunstancias fácticas jurídicamente relevantes.

Pues bien, y de acuerdo con los elementos conceptuales entregados más arriba, los casos en comparación son iguales (no idénticos ni semejantes) si coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes y son desiguales si divergen en al menos una de sus propiedades relevantes. *Lo igual* y *lo desigual*, por tanto, se refieren siempre a casos que coinciden o no coinciden en todas sus propiedades relevantes. Esto es, pues, conceptualmente lo que se debe entender por *lo igual* y por *lo desigual* en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley.

⁵¹ Verdugo y Pfeffer en VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 27, p. 217; y PFEFFER, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 48, p. 372.

⁵² La definición se ha formulado con cierta libertad a partir de las nociones entregadas por ALCHOURRÓN, Carlos, “Sobre Derecho y lógica”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 13, 2000, pp. 17 y 18; y NAVARRO, Pablo E., ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L., y SUCAR, Germán, “El alcance de las normas jurídicas”, 1998, pp. 6 y 7.

Lo expresado permite concluir que la igualdad en la aplicación de la ley no exige que los casos sean idénticos, ni procede entre casos semejantes, sino que deben ser iguales. En efecto, y de un lado, el órgano encargado de la aplicación de la ley no debe buscar identidad entre los casos sometidos a su decisión, es decir, que coincidan en todas sus propiedades. Esto se debe, como expresa Cobreros Mendazona, a "que es evidente que nunca dos personas o dos situaciones o dos relaciones son iguales en todos sus aspectos"⁵³, que es lo que exige la noción de identidad. De otro lado, al órgano encargado de la aplicación de la ley no le basta con tener frente a sí casos semejantes, es decir, que coincidan en algunas de sus propiedades relevantes. Este segundo extremo, que también parece obvio, exige una adecuada identificación de las propiedades relevantes de los casos en comparación y reconduce el problema hacia lo más complejo de la igualdad en la aplicación de la ley: la correcta identificación de las propiedades relevantes de los casos en comparación.

4. Tratar de la misma manera en la igualdad en la aplicación de la ley

Esclarecido el significado de lo igual y de lo desigual, corresponde revisar en qué consiste *tratar de la misma manera* y *tratar de diversa manera* casos que son iguales, siempre en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley. Las complejidades de la segunda de estas expresiones recomienda explicarlas separadamente.

Desde la perspectiva del Derecho, tratar de la misma manera significa, siguiendo a Vivanco, otorgar el mismo tratamiento jurídico a dos o más casos⁵⁴. Esto significa, ahora en palabras de Brieskorn, que frente a "iguales condiciones, reconocidas como relevantes, han de establecerse iguales consecuencias jurídicas"⁵⁵. Ahora, desde la teoría de la justicia, y siguiendo los que Bobbio denomina "principios de justicia", entre las opciones "a cada uno según su mérito", "a cada uno según su necesidad", "a cada uno según su rango" o "a cada uno la misma cosa"⁵⁶, se debe optar por esta última, de modo que tratar de la misma manera consiste en dar a cada uno la misma cosa jurídica.

⁵³ COBREROS, *Discriminación*, cit., nota n. 17, p. 95.

⁵⁴ En similar sentido, aunque refiriéndose a la igualdad ante la ley, Vivanco afirma: "El modelo constitucional propone, justamente como la gran base de la igualdad ante la ley, que quienes se encuentran en una situación objetiva similar tengan un mismo tratamiento jurídico y, consecuencialmente, los mismos derechos" (VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿De qué igualdad estamos exactamente hablando?", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, Nº 1, 1999, p. 177).

⁵⁵ BRIESKORN, Norbert, *Filosofía del Derecho* (Traducc. Claudio GANCHO), Herder, Barcelona, 1993, p. 115.

⁵⁶ BOBBIO, *El tiempo*, cit. nota n. 39, p. 45.

Lo anterior significa que el juzgador debe *utilizar las mismas disposiciones, interpretarlas de la misma manera* y, como consecuencia, *adoptar una misma decisión* para casos iguales. En este sentido Mendonca y Guibourg afirman que “la expresión ‘igual trato’ guarda relación con una decisión (o resolución) uniforme, en el sentido de no hallarse sujeta a variación de un caso a otro cuando ambos casos son iguales” (MENDONCA y GUIBOURG, 2004, p. 186). Conviene destacar que la adopción de una misma decisión para casos iguales es consecuencia de que en ambos casos se han utilizado las mismas disposiciones y que ellas han sido interpretadas de la misma manera. Adoptar una misma decisión, a su turno, significa que el contenido del fallo, es decir, de la parte resolutiva de la sentencia, es el mismo para los casos iguales. Dicho de otro modo, lo que Kelsen llama la *norma individual* contenida en la sentencia debe ser la misma para los casos que coinciden en todas sus propiedades relevantes⁵⁷.

Tratar de diversa manera en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley consiste en que el juzgador debe *utilizar diferentes disposiciones* para casos desiguales. Como se puede advertir, no es relevante si como consecuencia de la aplicación de diversas disposiciones se adopta una misma decisión o decisiones diversas. Esto se debe a que el contenido del fallo, es decir, lo que Kelsen llama la *norma individual* incluida en la sentencia, podrá ser la misma o diversa para los casos en comparación, dependiendo de lo que al efecto establezca el ordenamiento jurídico.

En efecto, a veces los casos desiguales deben ser tratados de diversa manera (ejemplo, el mayor de edad y el menor de edad respecto del derecho a sufragio) y en otras ocasiones deben ser tratados de la misma manera (ejemplo, el que trafica drogas y el que roba respecto del plazo de privación de libertad), si las normas aplicables a estos casos coinciden en dicho plazo. Conviene destacar que no se adopta una misma decisión porque los elementos sean iguales, sino porque se les ha regulado de la misma manera. En consecuencia, en tal caso no está involucrada la igualdad en la aplicación de la ley y, por lo mismo, aquella no se contraviene. En este mismo sentido, Brieskorn explica que el principio de igualdad no se transgrede si “en estados de causa considerados como desiguales se aplica la misma consecuencia jurídica; así al allanamiento de morada y al robo se les pueden aplicar en cada caso hasta tres años de privación de libertad”⁵⁸.

⁵⁷ KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado* (Traducc. Eduardo García Maynez), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995. Lo esencial de esta idea también se encuentra, aunque de modo menos desarrollado, en KELSEN, H., *Teoría general de las normas* (Traducc. Hugo Carlos DELORY JACOBS), Trillas, México, 1994, p. 25.

⁵⁸ BRIESKORN, *Filosofía*, cit., nota n. 55, p. 115.

III. IUSFUNDAMENTALIDAD DE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Esclarecido el significado de la igualdad en la aplicación de la ley, corresponde determinar si la misma constituye un derecho fundamental. Para tales efectos es necesario elucidar dos cosas. En primer lugar, a qué se alude cuando se utiliza la expresión derechos fundamentales. Y, en segundo lugar, si la igualdad en la aplicación de la ley tiene esta calidad en el ordenamiento jurídico chileno.

1. Sobre el concepto de derechos fundamentales

El presente trabajo se refiere a la igualdad en la aplicación de la ley desde una perspectiva estrictamente jurídica. En otras palabras, se ha optado por analizarla en cuanto elemento integrante del Derecho positivo, esto es, "el Derecho puesto o creado por actos de voluntad humana a través de las fuentes del Derecho"⁵⁹. En consecuencia, la expresión derechos fundamentales debe ser definida precisamente desde dicha perspectiva. Pues bien, y como expresa Palombella, "si algo es «fundamental» desde el punto de vista jurídico, tal cosa dependerá –y no puede ser de otra manera– de criterios jurídicos"⁶⁰. Y son criterios jurídicos aquellos que permiten sostener que un determinado elemento pertenece al Derecho positivo.

Pues bien, desde una perspectiva jurídica, son derechos fundamentales los que han sido conferidos por una norma iusfundamental. En este sentido, y en palabras de Alexy, siempre "que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho"⁶¹. Por tanto, no hay más derechos fundamentales que aquellos conferidos por alguna norma jurídica que cumple dos requisitos: ser válida y ser de derecho fundamental. Ahora bien, la norma jurídica es válida si ha sido creada por los órganos competentes siguiendo el procedimiento establecido (validez formal) y respetando el contenido de las normas jerárquicamente superiores (validez

⁵⁹ SQUELLA NARDOCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, novena edición actualizada y ampliada, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 168.

⁶⁰ El autor italiano introduce esa idea reconociendo que la expresión fundamentales puede tener un alcance universal y un alcance concreto. La primera perspectiva es más bien axiológica o filosófica y alude a derechos inherentes a toda persona e identificables a partir de una determinada concepción del ser humano. La segunda perspectiva es concreta y entiende que "la calificación «fundamental» se refiere a los derechos subjetivos «puestos» en concreto y «válidos» jurídicamente bajo un ordenamiento determinado". Por tanto, advierte el autor, "es posible que lo que vale como «fundamental» bajo una perspectiva no lo valga para otra" (PALOMBELLA, Gianluigi, "Derechos fundamentales. Materiales para una teoría", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 22, 1999, pp. 526 y 527).

⁶¹ ALEXY, Teoría, cit., nota n. 15, p. 47.

material)⁶² de un determinado ordenamiento jurídico. Esta misma norma es de derecho fundamental si tiene jerarquía constitucional, es decir, si se expresa en la Constitución o en otros textos jurídicos que comparten la jerarquía de esta última⁶³.

En consecuencia, el problema se reconduce a determinar dónde se encuentran las normas que confieren derechos fundamentales, es decir, que tienen jerarquía constitucional. Es evidente que tales normas se encuentran en las disposiciones de la Constitución. Sin embargo, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º, inciso segundo, del mismo texto fundamental, la iusfundamentalidad de los derechos ya no puede ser comprendida sin referencia al Derecho internacional⁶⁴. Pues bien, y de conformidad con esta disposición, también tienen jerarquía constitucional las normas sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana estatuidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una tal jerarquía aparece respaldada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina actualmente mayoritarias.

En efecto, y en cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha reemplazado su inicial doctrina de la jerarquía infra constitucional de los tratados sobre derechos humanos⁶⁵ por una clara jurisprudencia en sentido opuesto. Así, y sólo por vía ejemplar, ha sostenido que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución, los tratados de derechos humanos ratificados por Chile complementan el artículo 19, número 16, sobre la protección del trabajo⁶⁶, que

⁶² Alejandro Silva Bascuñán distingue entre invalidez formal y material en los siguientes términos: "la oposición de todo acto o norma que genere efectos jurídicos puede provenir ya del atropello al marco institucional, si interviene autoridad mal constituida o incompetente o fuera de su ámbito o sin sujeción a las formas y requisitos que deben rodear su gestión, ya de la pugna sustancial de la actividad o regla con el ideal constitucional o con el estatuto fundamental de derechos y obligaciones de los gobernados. En el primer orden de situaciones, se dice que la inconstitucionalidad es de forma, en el segundo, que es de fondo" (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Jurídica de chile, Santiago de Chile, 1997, p. 123).

⁶³ En similar sentido, Delgado Pinto reserva la expresión derechos fundamentales para aquellas pretensiones moralmente justificadas en cuanto incorporadas "al orden jurídico-positivo, más precisamente en la normativa constitucional, gozando así de una tutela reforzada" (DELGADO PINTO, José, "Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución", en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, y DEL REAL, J. Alberto (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 91 y 92).

⁶⁴ Al respecto prescribe ese precepto: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 346-2002, de 8 de abril de 2002, considerando 59 a 74.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1.852-2010-INA, de 26 de julio de 2011, considerando séptimo. En el mismo considerando se precisa que el derecho del artículo 19, número

las diferencias efectuadas por la ley sobre la base de criterios prohibidos por los tratados o por la Constitución permiten presumir que aquella es inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario⁶⁷, y que la evaluación de constitucionalidad de una disposición contraria a la libertad de expresión se hace a la luz tanto del artículo 19, número 12, de la Constitución, como de los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶⁸. Junto con estas expresas manifestaciones, es también posible encontrar sentencias en las que la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos se afirma de manera implícita⁶⁹. Todo esto permite concluir que las normas incluidas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile tienen jerarquía constitucional y, por tanto, confieren derechos fundamentales.

Siempre en el ámbito jurisprudencial, en el mismo sentido se ha inclinado el Poder Judicial. Según evidencia el estudio de Miriam Henríquez, las sentencias de los tribunales superiores del país han tenido una evolución en la materia, de modo que desde 2005, y singularmente desde que la Corte Interamericana dictó sentencia en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, se ha afirmado la jerarquía supralegal o derechamente constitucional de los tratados sobre derechos

16, inciso primero, es complementado por el artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁶⁷ Siguiendo a Nogueira, textualmente sostuvo el Tribunal Constitucional: "Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas u otro criterio prohibido expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario". Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1.683-2010-INA, de 4 de enero de 2011, considerando decimotercero.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la causa rol N° 2.022-2011-INA, de 29 de marzo de 2012, especialmente considerando 23º y 24º.

⁶⁹ Así, por ejemplo, en la causa roles N° 1.732-10-INA y N° 1.800-10-INA (acumulados), de 21 de julio de 2011, el Tribunal Constitucional de Chile explica el significado constitucional del derecho a la vida privada a la luz del artículo 19, número 4, de la Constitución y del artículo 11, número 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Del mismo modo, en la causa rol N° 1.718-2010-INA, de 14 de junio de 2011, considerando decimotercero, sostiene que el principio o presunción de inocencia, aunque no se consagra explícitamente en la Constitución, es deducido por parte de la doctrina de ciertas disposiciones constitucionales y aparece reconocido formalmente en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, como el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre derechos humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La misma doctrina se contiene en la sentencia rol N° 1.589-2009-INA, de 17 de junio de 2010, considerando sexto, que incluye la referencia de una sentencia anterior que reitera esta perspectiva. Por último, y sin ánimo de exhaustividad, el Tribunal Constitucional ha sostenido que uno de los elementos fundamentales propios de un justo y racional procedimiento es la existencia de una vía de impugnación adecuada y es una exigencia diversos instrumentos internacionales (por todas, sentencia recaída en la causa rol N° 1.888-2010-INA, de 3 de abril de 2012, considerando 9º).

humanos en el ordenamiento jurídico nacional⁷⁰. La misma evolución advierte Núñez al estudiar la argumentación de la jurisprudencia emanada de diversos tribunales que integran el Poder Judicial⁷¹. Estos estudios se ven confirmados por sentencias posteriores a los mismos, en las que la Corte Suprema no sólo ha declarado la jerarquía constitucional de los derechos esenciales contenidos en tratados internacionales, sino incluso que establecen un límite a las potestades del constituyente derivado⁷². Por tanto, la jurisprudencia de los tribunales superiores del país también permite sostener que las normas de los tratados sobre derechos humanos son fuente de derechos fundamentales.

La doctrina chilena mayoritaria, por su parte, desde hace tiempo viene sosteniendo que los derechos otorgados por los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional. En este sentido Tapia afirma que los derechos establecidos en los tratados ratificados por Chile se incorporan a la Constitución, pasando a formar un único bloque constitucional⁷³. Del

⁷⁰ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*, año 6, Nº 2, 2008, ver especialmente pp. 100 y siguientes.

⁷¹ NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos" en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 2009, Núm. 32, ver especialmente pp. 491-496.

⁷² En este sentido se puede citar la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema conociendo de un recurso de casación y que recayó en la causa rol Nº 3.214-2009, de 27 de enero de 2011, considerando 22º. En ella sostuvo que "el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República, estatuye que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por 'los derechos esenciales de la persona humana' siendo 'deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes'. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes Nº 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos".

⁷³ Al respecto expresa Tapia: "Los derechos contemplados en el tratado que es ratificado y se pone en vigencia se incorporan a la carta fundamental de derechos vigentes en el país, al lado y con la misma fuerza que los establecidos en la propia Constitución. Por así decirlo, los derechos esenciales enumerados en la propia Constitución y aquellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes pasan a formar un solo 'Bloque Constitucional de Derechos Humanos', que el legislador no puede variar y el constituyente debe considerar". TAPIA VALDÉS, Jorge, "Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del art. 5º de la CPR de 1980", en *Ius et Praxis*, Vol. 9, año 2003, p. 357.

mismo modo, Nogueira sostiene que los derechos otorgados por la Constitución y por los tratados de derechos humanos conforman un bloque constitucional, protegidos tanto por garantías establecidas en la Constitución como por mecanismos contemplados en instrumentos internacionales. En este mismo sentido, precisa que la expresión derechos fundamentales comprende tanto los derechos conferidos por el Derecho internacional, como aquellos otorgados por el ordenamiento jurídico de un Estado⁷⁴. En fin, y sin ánimo de ser exhaustivos, Fernández González expresa que desde la reforma del año 1989 al artículo 5º, inciso segundo, los derechos humanos incluidos en tratados internacionales integran el bloque constitucional que debe servir de parámetro para que el Tribunal Constitucional efectúe su labor jurisdiccional⁷⁵. En consecuencia, la consideración de la doctrina mayoritaria permite sostener que los derechos conferidos por normas incluidas en los tratados internacionales también son fundamentales⁷⁶.

A partir del consenso jurisprudencial y doctrinario que progresivamente se ha generado en Chile y que acaba de reseñarse, es posible afirmar que las normas que otorgan derechos fundamentales se encuentran en la Constitución y, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. En otras palabras, la expresión derechos fundamentales alude tanto a los derechos conferidos por normas de la Constitución como a los derechos otorgados por normas de los tratados internacionales⁷⁷. Con la finalidad de alivianar el discurso, en adelante

⁷⁴ La primera de estas ideas es expresada por el autor en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y en el sistema interamericano*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2008, especialmente p. 128. En cuanto a la segunda de estas ideas, afirma el constitucionalista: "En este trabajo utilizaremos los conceptos de derechos fundamentales en esta última perspectiva, como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados" (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, segunda edición corregida, 2008, p. 36).

⁷⁵ Textualmente sostiene el autor: "Cuestión distinta y que merece también ser analizada, es preguntarse si las normas contenidas en tratados internacionales, que versan sobre derechos humanos, integran el parámetro de control que debe considerar el Tribunal Constitucional al ejercer las atribuciones que le confiere el artículo 93 de la Carta Fundamental. Desde luego, me parece que de ello no hay duda, sobre la base de la noción del bloque de constitucionalidad que, en nuestro Derecho tiene acogida expresa, desde 1989, en el artículo 5º inciso 2º que le impone a dicha Magistratura –y a todo órgano estatal– el deber de respetar y promover esos derechos contenidos en los tratados a la par que los garantizados en la Constitución". FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "La aplicación por los tribunales chilenos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, Núm. 1, 2010, p. 440.

⁷⁶ En contra de la posición mayoritaria es posible citar la obra de ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 338-345.

⁷⁷ En sentido diverso se puede citar a Gabriel Celis, quien aplica la expresión derechos fundamentales a "aquellos derechos humanos históricamente recogidos y garantizados por todas las constituciones

las normas válidas y de jerarquía constitucional que se encuentran en cualquiera de esas fuentes serán denominadas normas iusfundamentales.

Antes de concluir el presente apartado conviene destacar que si se utiliza la expresión derechos fundamentales para aludir a derechos que no han sido conferidos por el ordenamiento jurídico, se está atribuyendo al término una dimensión moral, pudiendo en tal caso incluso hablarse de derechos naturales o morales⁷⁸. Por cierto esto no significa rechazar las conexiones que el Derecho, y particularmente el subsistema de los derechos fundamentales, tiene con la moral. Tanto el Derecho en general como los derechos fundamentales en especial, se encuentran abiertos a la moral. “Esto se aprecia de manera sumamente clara en los conceptos básicos iusfundamentales materiales, los de dignidad, libertad e igualdad. Estos son, al mismo tiempo, conceptos básicos de la filosofía práctica”⁷⁹.

2. La igualdad en la aplicación de la ley como derecho fundamental implícito

2.1. Sobre la existencia de derechos conferidos por normas iusfundamentales adscritas

En el apartado anterior se ha concluido afirmando que los derechos fundamentales son conferidos por normas iusfundamentales de un determinado ordenamiento jurídico. A continuación interesa elucidar si la igualdad ante la ley tiene esta calidad, es decir, si ha sido conferida como derecho por alguna norma iusfundamental en el específico contexto del ordenamiento jurídico chileno.

Al respecto conviene recordar que, como afirman entre otros De Asís⁸⁰, Alchourrón⁸¹, Moreso⁸², Guastini⁸³, Rodríguez⁸⁴, y Navarro⁸⁵, una norma es el

a nivel interno” (CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique, *Curso de derecho constitucional*, tomo I, Thomson Reuters Puntalex, Santiago de Chile, 2011, p. 272), y no al conjunto de derechos conferidos tanto por la Constitución de un Estado como por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como se postula en el presente trabajo.

⁷⁸ PESES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 323 y 324.

⁷⁹ ALEXY, *Teoría*, cit., nota n. 15, pp. 525 y 526.

⁸⁰ En palabras de De Asís: “En este sentido, el enunciado normativo es un conjunto de expresiones del lenguaje en el que se expresa el Derecho gramaticalmente correcto mientras que la norma (la regla en este caso) es el significado del enunciado” (De Asís ROIG, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 33). En similar sentido el mismo autor ha sostenido, de modo algo más complejo, que la norma puede ser conceptualizada como “el significado del enunciado formulado con motivo de la ejecución de un acto normativo”. Y añade: “Desde esta descripción del fenómeno normativo, lo que tradicionalmente (en el lenguaje común de los juristas) se ha entendido como norma sería el enunciado normativo, mientras que la norma (en la terminología de Mendonca) estaría cercana

resultado de la interpretación de una disposición o de la interpretación conjunta de varias disposiciones⁸⁶. En otras palabras, y siguiendo a autores como Alexy⁸⁷, Bulygin⁸⁸ y Moreso⁸⁹, es posible afirmar que un enunciado normativo es el modo en que se expresa una norma.⁸¹⁻⁸²⁻⁸³⁻⁸⁴⁻⁸⁵⁻⁸⁶⁻⁸⁷⁻⁸⁸⁻⁸⁹

Así, por ejemplo, la disposición del artículo 19, número 1, de la Constitución preceptúa "La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y síquica"⁹⁰. En ella se expresan tres normas:

N1: Se manda que la constitución asegure a todas las personas el derecho a la vida.

N2: Se manda que la constitución asegure a todas las personas el derecho a la integridad física.

N3: Se manda que la constitución asegure a todas las personas el derecho a la integridad síquica.

a lo que se ha denominado como proposición normativa" (DE ASÍS ROIG, Rafael, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons (Madrid, 1995, pp. 36 y 37).

⁸¹ Según explica Alchourrón: "Por 'norma' interpreto el significado que pueda atribuirse a una expresión lingüística, no la propia expresión lingüística" (ALCHOURRÓN, *Sobre Derecho*, cit., nota n. 52, p. 20).

⁸² MORESO, Juan José, "Guastini sobre la ponderación", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 17, 2002, p. 228.

⁸³ Según Guastini, se puede denominar "norma" al "contenido significativo" de una disposición y "no a la disposición misma" (GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Traducc. Jordi FERRER BELTRÁN, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 101).

⁸⁴ Rodríguez y Sucar afirman: "Cuando el intérprete adjudica significado a una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas a sus términos componentes, ella se transforma en una norma". Y añade: "La norma jurídica es entonces un enunciado al que se ha fijado un cierto significado a partir de una o a varias formulaciones normativas o que es posible formular a partir de la reconstrucción realizada a partir de una o varias formulaciones normativas" (RODRÍGUEZ, Jorge L., y SUCAR, Germán, "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 22-II, 1998, p. 407).

⁸⁵ En este mismo sentido, expresa Navarro que una "manera usual de identificar a las normas jurídicas consiste en establecer el significado de una determinada formulación normativa" (NAVARRO, Pablo E., "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 14, 1993, p. 244).

⁸⁶ Es necesario advertir que algunos de los autores precedentemente citados utilizan las expresiones enunciado normativo o formulación normativa en el sentido que en este trabajo se ha dado a la expresión disposición.

⁸⁷ ALEXY, *Teoría*, cit., nota n. 15, p. 51.

⁸⁸ BULYGIN, Eugenio, "El papel de la verdad en el discurso judicial", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 26, 2003, p. 79.

⁸⁹ Para Juan José Moreso una disposición es el texto de los documentos legislativos a través de los cuales se expresa una norma (MORESO, *Guastini*, cit., nota n. 82, p. 228).

⁹⁰ Se ha omitido la parte final de este inciso, que reza "de las personas", evidentemente redundante en el texto, para facilitar la exposición.

En consecuencia, para determinar si la igualdad ante la ley es conferida como derecho por alguna norma iusfundamental en el ordenamiento jurídico chileno, es necesario esclarecer si existe alguna disposición en la Constitución o, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º, inciso segundo, de la misma Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes en que se exprese una norma que confiera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Pues bien, la sola lectura del texto de la Constitución chilena y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes⁹¹ permite afirmar que no existe disposición alguna que exprese una norma que confiera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Dicho de otro modo, no existe ninguna norma iusfundamental directamente estatuida en el texto constitucional o en el derecho internacional convencional vigente que conceda este derecho⁹².

Sin embargo, la revisión de las disposiciones expresadas en la Constitución y en los tratados ratificados y vigentes no permite tener por resuelto el problema. En efecto, los derechos fundamentales no son sólo aquellos otorgados por normas directamente estatuidas en las disposiciones constitucionales o convencionales del Derecho internacional. Hay derechos que, pese a no encontrarse inmediatamente expresados en aquélla o en éstos, se encuentran implícitos en la Constitución o en los tratados internacionales, o bajo la forma de costumbre internacional o de normas de *ius cogens*. Por tanto, igualmente tienen el carácter de fundamentales. Así lo afirman diversos autores y se puede apreciar en la práctica jurisprudencial.

En este sentido Alexy sostiene que las normas iusfundamentales adscritas son necesarias para que las normas iusfundamentales directamente estatuidas se puedan aplicar a casos concretos. "Si no se supusiese este tipo de normas (las adscritas), no sería claro qué es lo que sobre la base del texto constitucional

⁹¹ Los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver Informe de Armonización. Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación, de la Oficina Regional para América Latina de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, nota 2.

⁹² Pese a ello, y según se ha mostrado más arriba, algunos autores nacionales afirman que la igualdad en la aplicación de la ley se encuentra en el artículo 19, número 3, de la Constitución chilena, aunque sin ofrecer una justificación iusfundamental al efecto.

(es decir, de la norma directamente expresada por él), está ordenado, prohibido o permitido". Estas normas, explica el autor alemán, vienen a precisar el significado de las normas iusfundamentales directamente estatuidas en las disposiciones constitucionales⁹³. Y son estas normas adscritas las que confieren derechos fundamentales implícitos.

De Asís, por su parte, explica que el juez siempre requiere de una norma que funcione como premisa mayor del silogismo que lo llevará a su decisión. Esta norma, señala, en algunos casos puede coincidir con un único precepto, pero lo normal es que el juzgador tenga que decidir desde varios preceptos y *construir* una única norma. Según el autor español esta creación normativa también se da en el ámbito de la interpretación constitucional, donde la norma creada "no está en la Constitución", ni en los tratados, se debería añadir, "pero es equivalente a la misma"⁹⁴. Esto que De Asís llama "norma creada" es lo que Alexy denomina norma adscrita y es la que contiene un derecho fundamental implícito.

En fin, y sin ánimo de ser exhaustivos, Nogueira afirma que el bloque constitucional de derechos fundamentales no sólo está integrado por los derechos expresados en la Constitución o en el Derecho Internacional convencional de los Derechos Humanos, sino también, y esto es lo relevante, por aquellos estatuidos por el Derecho internacional consuetudinario, por los principios de *ius cogens* y por los derechos implícitos. Un ejemplo de esta última categoría se encuentra, según explica el autor, en el derecho a la propia imagen. Al respecto reconoce que no se expresa directamente en el texto de la Constitución, aunque "se encuentra implícito en nuestro ordenamiento constitucional"⁹⁵.

Incluso Aldunate Lizana, que advierte sobre los problemas normativos y dogmáticos que presenta afirmar la existencia de derechos fundamentales distintos de los expresados en la Constitución, reconoce su existencia. Al respecto admite que la doctrina dominante "considera que el catálogo del artículo 19 no es taxativo, y que por tanto es posible afirmar la posibilidad de que existan derechos fundamentales (en el sentido de esenciales, inherentes a la persona) no consagrados en la Carta"⁹⁶.

Ahora bien, y según se apuntó, la existencia de derechos fundamentales implícitos, esto es, conferidos por normas iusfundamentales que no se encuentran

⁹³ ALEXY, *Teoría*, cit., nota n. 15, pp. 66 a 73.

⁹⁴ DE ASÍS, *Jueces*, cit., nota n. 80, p. 225.

⁹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, *Derechos fundamentales*, nota n. 74, p. 37, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: fundamentación y caracterización", en *Ius et Praxis*, Vol. 13, Nº 2, 2007, p. 260.

⁹⁶ ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales*, nota n. 76, p. 346.

directamente expresadas en la Constitución o en los tratados, no sólo constituye una afirmación doctrinaria. A la misma conclusión se puede arribar si se consideran, por ejemplo, diversas sentencias del Tribunal Constitucional chileno, de la Corte Suprema de Chile y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, y por vía ejemplar, el Tribunal Constitucional chileno ha entendido que el derecho fundamental a recibir información se encuentra comprendido en el derecho fundamental directamente estatuido a la libertad de información del artículo 19, número 12, de la Constitución, aun cuando “en la letra de la ley no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones”⁹⁷. El mismo Tribunal ha especificado que el derecho al recurso procesal se incluye en el derecho al racional y justo procedimiento del artículo 19, número 3, inciso sexto, de la Constitución⁹⁸, pese a que, como se sabe, aquel derecho no se menciona en aquella disposición.

La Corte Suprema de Chile, por su parte, ha precisado que el derecho a la vida privada otorgado por el artículo 19, número 4, de la Constitución implica para los trabajadores el derecho fundamental a no ser seguido por cámaras de seguridad del empleador dentro del establecimiento⁹⁹. El máximo tribunal ha declarado también que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental implícito en el texto constitucional pues, aun cuando no se enumera entre los derechos tutelados por la acción de protección, su tutela deviene procedente por encontrarse implícitamente comprendido en el derecho a la vida privada¹⁰⁰.

⁹⁷ Más ampliamente, expresa el Tribunal Constitucional de Chile: “si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 226-1995, de 30 de octubre de 1995, considerando 19.

⁹⁸ Al respecto el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso. Así se ha señalado, entre otras sentencias, en los roles N° 376, 389, 478, 481, 821, 934 y 986”. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 1432-2009 INA, de 5 de agosto de 2010, considerando 12°.

⁹⁹ Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 5234-05, de 5 de enero de 2006, considerandos 3°, 11° y 12°.

¹⁰⁰ Textualmente expresó la Corte Suprema: “Que, en lo tocante al resguardo constitucional del derecho a la propia imagen, a que precisamente tiende la acción propuesta en autos, es cierto que el artículo 20 de la Carta Fundamental no lo enumera determinadamente entre las garantías susceptibles de ampararse por ese arbitrio cautelar; empero, tanto la doctrina, como la jurisprudencia coinciden en que su protección deviene procedente y encuadra en el artículo 19 N° 4 de la Constitución, por encontrarse implícitamente comprendida en el atributo de privacidad de la persona, que esa norma se encarga de tutelar”. Sentencia de la Corte Suprema, rol N° 2506-2009, de 9 de junio de 2009, considerando sexto.

La Corte Interamericana, a su turno, ha sostenido que los derechos a "buscar" y a "recibir" información del artículo 13 de la Convención Americana protegen "el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención"¹⁰¹. La Corte ha expresado también que la prohibición de cometer delitos de lesa humanidad y la correlativa obligación de investigarlos y castigarlos es una norma imperativa de Derecho internacional general, es decir, de *ius cogens*¹⁰², lo que genera correlativos derechos para las víctimas de tales delitos. En el mismo sentido, el Tribunal Interamericano ha declarado que del artículo 8º de la Convención Americana se desprenden para víctimas de graves violaciones a los derechos humanos o para sus familiares el derecho de contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación¹⁰³.

De este modo, y en síntesis, los derechos fundamentales son conferidos no sólo por normas inmediatamente expresadas en el texto de la Constitución o en el texto de los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes (derechos fundamentales directamente estatuidos), sino también por normas adscritas a las directamente estatuidas, por normas de la costumbre internacional o por normas de *ius cogens* (derechos fundamentales implícitos).

2.2. Iusfundamentalidad del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

Admitido que existen derechos fundamentales implícitos, es decir, conferidos por normas iusfundamentales adscritas a las directamente estatuidas en el texto constitucional o en el texto de los tratados, corresponde preguntarse si resulta

¹⁰¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, fondo, reparaciones y costas, considerando 77).

¹⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gómez Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, 24 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, considerando 137. En el mismo sentido, textualmente expresó la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, considerando 99º: "hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general".

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gómez Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, 24 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, considerando 139.

posible afirmar la existencia de una norma iusfundamental adscrita que otorgue el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Para estos efectos, y siguiendo una vez más a Alexy, se debe tener presente que las normas iusfundamentales adscritas a las normas directamente estatuidas, que son las que confieren derechos fundamentales implícitos, pueden provenir de los precedentes jurisprudenciales, de los consensos doctrinarios o de la argumentación iusfundamental¹⁰⁴. Por tanto, si por alguna de estas tres vías resulta posible advertir un reconocimiento del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley en el nivel constitucional, entonces se podrá sostener su iusfundamentalidad, es decir, que es un derecho fundamental implícito.

Pues bien, no parece posible encontrar en la jurisprudencia chilena reconocimiento alguno hacia el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley como derecho fundamental implícito. Tampoco es posible encontrarlo en la doctrina o en la jurisprudencia de los órganos internacionales vinculados con los derechos humanos, tales como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para arribar a esta conclusión es necesario tener presente que vulnerar la igualdad en la aplicación de la ley no es sinónimo de discriminar¹⁰⁵. En efecto, en algunos casos la infracción a la igualdad en la aplicación de la ley puede derivar de una discriminación por parte del órgano jurisdiccional, es decir, de “una política deliberada de trato desigual”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Alexy propone estas tres vías como criterios para determinar qué aseveraciones de normas iusfundamentales adscritas deben ser admitidas como tales, por cuanto: “La discusión sobre derechos fundamentales es, en gran parte, una polémica acerca de cuáles normas están adscriptas a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas” (ALEXY, *Teoría*, cit., nota n. 15, pp. 70 y 71).

¹⁰⁵ De conformidad con lo expresado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la discriminación consiste en “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Ver COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, Observación General Nº 18, párrafo 7, en NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Volumen I. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*.

¹⁰⁶ El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la aplicación de la ley penal a un individuo no es discriminatoria, a menos que se demuestren “circunstancias concretas que ponen de manifiesto una política deliberada de trato desigual” (caso De Groot c. Países Bajos, párrafo 4.6 (1995), citado en Oficina Regional para América Latina y El Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, segunda edición, Santiago de Chile, 2007, p. 951. Esto demostraría que la infracción a la igualdad en la aplicación de la ley, en los términos que ha sido explicada en el presente trabajo, no es constitutiva de discriminación, a menos que exista una política deliberada de trato desigual por parte de los órganos jurisdiccionales.

Sin embargo, parece posible sostener que dicha infracción normalmente es el resultado de la ausencia de criterios generales y coherentes conforme a los cuales el órgano jurisdiccional resuelve los casos iguales. En palabras de Bulygin, se trata, simplemente, de una falta de racionalidad en las decisiones judiciales¹⁰⁷. Lo dicho permite concluir que este primer criterio de identificación de normas iusfundamentales adscritas debe ser desestimado, debiendo explorarse las otras dos vías de identificación de derechos fundamentales implícitos.

En cuanto a los consensos doctrinarios, son varios los autores que expresa o tácitamente afirman la existencia del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley con un significado similar al sostenido en este trabajo. Así, por ejemplo, Molina Guaita explica que el derecho fundamental a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, del artículo 19, número 3, de la Constitución, se refiere a la aplicación de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales, entre otros órganos del Estado¹⁰⁸. Figueroa, por su parte, sostiene que el derecho fundamental a la igualdad ante la ley del artículo 19, número 2, de la Constitución "permite entender acogida tanto la igualdad en la ley como la igualdad ante la ley", que la primera es también denominada igualdad en la aplicación de la ley, y que "la igualdad en este sentido constituye una limitación al proceder de la autoridad"¹⁰⁹. Verdugo y Pfeffer señalan que el artículo 19, número 3, de la Constitución expresa el derecho a la igualdad ante la justicia, que, según se indicó más arriba, es una forma de llamar a la igualdad en la aplicación de la ley¹¹⁰. En fin, y de manera todavía más categórica y cercana a la perspectiva de este trabajo, Bronfman, Martínez y Núñez sostienen que la igualdad en la aplicación de la ley es una consecuencia necesaria de la igualdad ante la ley, por lo que los jueces no pueden resolver de manera diferente casos parecidos¹¹¹. En definitiva, parece posible afirmar que, desde el punto de

¹⁰⁷ Según Bulygin, en "Los jueces ¿crean Derecho?", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, abril 2003, Núm. 18, p. 21, "un juez que resuelve dos casos iguales de manera distinta, sin indicar en qué consiste la diferencia que lo induce a hacerlo, actúa irracionalmente".

¹⁰⁸ Molina Guaita expresa esas ideas del siguiente modo: "Las personas están constitucionalmente garantizadas que cuando ejerzan sus derechos ante cualquier órgano del Estado, jurisdiccional, administrativo o de cualquier otro carácter, la ley les protegerá de un modo igual. Se refiere, por tanto, a la aplicación de la ley, en todos sus ámbitos". Y añade: "Se trata de la situación en que se encuentra la persona accionando en defensa de sus derechos ante cualquier autoridad. Comprende, por tanto, las acciones y derechos que se deduzcan ante los Tribunales de Justicia. Esta igualdad es un corolario, una consecuencia de la igualdad ante la ley" (MOLINA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 27, p. 262).

¹⁰⁹ FIGUEROA, *Igualdad*, cit., nota n. 19, pp. 28 y 31.

¹¹⁰ Verdugo y Pfeffer en VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 27, p. 217. La idea se reitera a la letra en PFEFFER, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 48, p. 372.

¹¹¹ BRONFMAN VARGAS, Alan, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, y NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Constitución Política comentada*, Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago de Chile, 2012, pp. 97 y 98.

vista de la opinión de los autores nacionales, la igualdad en la aplicación de la ley es un derecho fundamental, aun cuando no exista consenso respecto de cuál es la norma iusfundamental directamente estatuida en la que se encuentra implícito este derecho.

Pero la jerarquía constitucional de la igualdad en la aplicación de la ley puede ser afirmada también desde la argumentación iusfundamental. Para estos efectos es necesario tener presente que el artículo 19, número 2, de la Constitución dispone: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Esta disposición expresa dos normas iusfundamentales directamente estatuidas en el texto constitucional del siguiente tenor:

- a) Se prohíbe que la ley establezca diferencias arbitrarias.
- b) Se prohíbe que autoridad alguna establezca diferencias arbitrarias.

De aquellas normas, en adelante sólo interesa la signada con la letra b).

Para mostrar que la igualdad en la aplicación de la ley es un derecho fundamental implícito, esto es, conferido por una norma iusfundamental adscrita a la norma iusfundamental directamente estatuida mencionada en la letra b) es necesario ofrecer una argumentación jurídica que justifique dicha adscripción. Al efecto es pertinente interpretar las expresiones *autoridad* y *diferencias arbitrarias*, entendiendo que la primera es el destinatario de la prohibición (a quién se prohíbe) y la segunda el contenido de la prohibición (qué se prohíbe).

En cuanto al sustantivo *autoridad*, el problema consiste en elucidar si esta expresión incluye a los tribunales. Para estos efectos resulta conveniente, en forma previa, precisar el significado con que lo emplea la Constitución.

Pues bien, y en cuanto al sentido en que la Constitución utiliza el sustantivo autoridad, el primer lugar en el que se debe buscar aquel significado es la propia Ley Fundamental. Una revisión de las disposiciones constitucionales en las que se emplea el vocablo *autoridad* permite advertir que con ella se alude, sin que esta enumeración sea exhaustiva, a quienes ejercen el poder político¹¹², a quienes ejercen funciones administrativas¹¹³, y a los tribunales¹¹⁴, aunque

¹¹² El artículo 8º, inciso tercero utiliza el sustantivo autoridad para aludir a quienes ejercen el poder político. En tal sentido preceptúa: “El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás *autoridades* y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública”.

¹¹³ El artículo 12 utiliza el sustantivo autoridad para referirse exclusivamente a quienes ejercen funciones administrativas. En tal sentido, dispone: “La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca” puede recurrir ante la Corte Suprema para solicitar la tutela de la misma.

¹¹⁴ El artículo 39, inciso primero, expresamente aplica la expresión autoridades a los órganos jurisdiccionales al disponer que “respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales”. Por otra parte, y a partir de la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional, resulta posible afirmar que la expresión auto-

también en muchos casos se utiliza de manera imprecisa¹¹⁵. Ahora bien, aquí no interesa tanto destacar la ambigüedad con que la Constitución utiliza el sustantivo *autoridad*, sino constatar que entre los significados que le atribuye se encuentran los órganos que ejercen jurisdicción.

Por su parte, la norma iusfundamental directamente estatuida b) es una prohibición dirigida a *todas las autoridades*. Así se desprende de la expresión *ni autoridad alguna* empleada en la disposición. Por lo mismo, la prohibición tiene como destinatarios, a lo menos, a todos aquellos que la propia Constitución considera *autoridad*. Y, según se ha mostrado, entre ellos se encuentran los tribunales. En consecuencia, el sustantivo *autoridad* utilizada en la norma iusfundamental expresada en el artículo 19, número 2, incluye a los tribunales. Por lo mismo, resulta posible adscribir a la norma b) la siguiente norma b1):

b1) Se prohíbe que los tribunales establezcan diferencias arbitrarias¹¹⁶.

En cuanto a la expresión *diferencias arbitrarias*, el problema consiste en determinar si en ella se expresa la formulación clásica de la igualdad. Para estos efectos resulta imprescindible explicitar que la arbitrariedad alude a un actuar irracional, injustificado, inmotivado o por mero capricho, según han explicado la jurisprudencia¹¹⁷ y la doctrina¹¹⁸. En consecuencia, lo prohibido son las diferencias irrationales, inmotivadas, injustificadas o por mero capricho. Por

ridades empleada en el artículo 5º, inciso primero, de la Constitución también incluye a los tribunales. En efecto, interpretando el significado de dicho sustantivo, expresó: "Que las únicas autoridades que pueden ejercitar soberanía son las que la Constitución establece, entre las que destaca el Presidente de la República, el Congreso Nacional y los Tribunales de la Nación" (sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 346-2002, 8 de abril de 2002, considerando 41º).

¹¹⁵ Este uso impreciso de la expresión autoridad se puede apreciar, por ejemplo, en el artículo 19, número 3º, inciso segundo, de la Constitución, que preceptúa que toda persona tiene derecho a defensa jurídica y "ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida".

¹¹⁶ Por cierto esta no es la única norma iusfundamental adscribible a la norma b). Se pueden generar tantas normas adscritas como significados se atribuyan al sustantivo *autoridad* utilizado en la Constitución, aspecto que, en todo caso, resulta innecesario desarrollar aquí.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha explicado que un acto es arbitrario cuando es "producto del mero capricho del que incurre en" el mismo (sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 2.294-2008, de 29 de diciembre de 2008) o cuando es "contrario a la razón y al buen juicio" (sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol N° 1.304-2010, 9 de octubre de 2010, considerando 16º). En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha explicado que un acto es arbitrario cuando consiste en "proceder caprichoso, contrario a la justicia, o a las leyes, inocuo, antojadizo, infundado o en último término, despótico o tiránico" (sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 5.610-2005, de 9 de agosto de 2006, considerando 4º).

¹¹⁸ De acuerdo con la doctrina, arbitrario significa injusto, irracional, desproporcionado, caprichoso, o movido por el favoritismo o la odiosidad (CEA, *Derecho constitucional*, cit., nota 28, p. 633), y ausencia de fundamento racional o una manifestación del simple capricho del agente (Verdugo y Pfeffer en VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA, *Derecho constitucional*, cit., nota n. 27, p. 339).

el contrario, una diferencia racional, justificada, motivada o no caprichosa está ordenada o al menos permitida.

Lo recién expresado permite concluir dos cosas. Primero, que están prohibidas las diferencias arbitrarias, es decir, las que carecen de justificación. Desde la modalidad deóntica de mandato, esto significa que está ordenado un trato igual si se carece de justificación para un trato diferenciado. Segundo, que están ordenadas o al menos permitidas las diferencias no arbitrarias, es decir, las que tienen justificación.

La primera de esas afirmaciones expresa la primera parte de la formulación clásica de la igualdad, esto es, el mandato de tratar de la misma manera a lo igual (aunque con un añadido: la permisión para tratar de diversa manera lo igual, siempre que ello no sea arbitrario). La segunda de estas afirmaciones expresa la segunda parte de la formulación clásica de la igualdad, esto es, que se ordena o al menos se permite tratar de diversa manera a lo desigual, pues en tal caso es racional, justificado, motivado o no caprichoso tratar de diversa manera. Todo esto permite concluir que tras la prohibición de diferencias arbitrarias se expresa la formulación clásica de la igualdad, aunque con el matiz apuntado. Por lo mismo, resulta posible adscribir a la norma b) la siguiente norma b2):

b2) Se manda que toda autoridad trate de la misma manera a lo igual (si carece de justificación para un trato diverso) y que trate de diversa manera a lo desigual.

Por su parte, la combinación de los argumentos entregados al interpretar el sustantivo *autoridad* y la expresión *diferencia arbitraria* permite adscribir la siguiente norma iusfundamental a la norma b):

b3) Se manda que los tribunales traten de la misma manera a lo igual (si carecen de justificación para un trato diferenciado) y que traten de diversa manera a lo desigual.

La norma recién explicitada expresa la igualdad en la aplicación de la ley. En consecuencia, desde la argumentación iusfundamental, al igual que desde la doctrina chilena, resulta posible sostener que la igualdad en la aplicación de la ley es un derecho fundamental implícito, otorgado por una norma iusfundamental (la norma b3), adscrita a una norma directamente estatuida (la norma b) en el artículo 19, número 2 de la Constitución.

Esta norma b3) es coherente con disposiciones de jerarquía constitucional incluidas tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en la Constitución chilena. En efecto, la exigencia de que los tribunales traten de la misma manera a lo igual, si carecen de justificación para un trato diferenciado, y de diversa manera a lo desigual es coherente con la dignidad de toda persona que se presenta ante estos órganos jurisdiccionales. Al respecto la

Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹⁹, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹²⁰ y la Constitución Chilena¹²¹, expresan que las personas nacen iguales en dignidad, es decir, iguales en la consideración y respeto que merecen por parte de terceros. Esta igualdad en consideración y respeto se traduce en que, coincidiendo dos casos en todas sus propiedades relevantes, las personas involucradas en tales casos merecen que se les trate de la misma manera por parte de los tribunales, es decir, que se respete su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

IV. CONCLUSIONES

Lo expuesto a lo largo de este trabajo permite arribar a las siguientes conclusiones:

1. En cuanto al concepto de igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad, cuya noción clásica se expresa mediante la fórmula *tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual*, es un concepto jurídico y relacional. La amplia aceptación de esta formulación clásica viabiliza y justifica su uso para definir la igualdad en la aplicación de la ley, cuya noción básica se expresa del siguiente modo: *el juzgador debe tratar de la misma manera a lo igual y debe tratar de diversa manera a lo desigual*.

Dos aspectos deben ser precisados en esa noción básica de igualdad. Primero, que *lo igual* se predica respecto de *casos* que coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes, es decir, de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes y *lo desigual* se predica respecto de *casos* que divergen en al menos una de aquellas propiedades. Segundo, *tratar de la misma manera* exige al juzgador *utilizar las mismas disposiciones, interpretarlas del mismo modo* y, como consecuencia, *adoptar la misma decisión* respecto de casos iguales, mientras que *tratar de diversa manera* exige al juzgador *utilizar diversas disposiciones*, sin importar si ello conduce a la misma o a diversas decisiones.

Por tanto, la igualdad en la aplicación de la ley puede ser definida, en lo que aquí se llamará *noción completa de igualdad en la aplicación de la ley*, como la exigencia de que *el juzgador utilice las mismas disposiciones, las interprete del mismo modo y adopte una misma decisión respecto de casos que coinciden en la totalidad de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes y utilice diversas disposiciones respecto de los casos que divergen en uno o más de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes*.

¹¹⁹ Artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹²⁰ Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

¹²¹ Artículo 1º de la Constitución chilena.

2. En cuanto a la iusfundamentalidad de la igualdad en la aplicación de la ley

Los *derechos fundamentales* se contienen en normas de jerarquía constitucional. Esto incluye las normas iusfundamentales directamente estatuidas en el texto de la Constitución y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de la misma, en el texto de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Pero los derechos fundamentales se encuentran también en normas adscritas a las directamente estatuidas en los mencionados textos, en la costumbre internacional y en normas de *ius cogens*. Para justificar la existencia de estas últimas normas, y por tanto de los derechos fundamentales por ellos conferidos, aquí denominados *derechos fundamentales implícitos*, es necesario acudir a los precedentes jurisprudenciales, a los consensos doctrinarios y a la argumentación iusfundamental.

El *consenso doctrinario* de los autores nacionales que se han pronunciado sobre el tema permite concluir que la igualdad en la aplicación de la ley es un *derecho fundamental implícito* en el ordenamiento constitucional chileno, es decir, un *derecho fundamental conferido por una norma iusfundamental adscrita*. Ahora bien, la adscripción de esta norma se hace respecto de la norma directamente expresada en el artículo 19, número 2, de la Constitución según algunos autores, y respecto de la norma estatuida en el artículo 19, número 3, según otros.

Desde la *argumentación iusfundamental*, por último, resulta posible concluir que la igualdad en la aplicación de la ley es un derecho conferido por una norma iusfundamental adscrita al artículo 19, número 2, de la Constitución, es decir, es un *derecho fundamental implícito*. En efecto, el artículo 19, número 2, *prohíbe que autoridad alguna pueda establecer diferencias arbitrarias*. Entre los sujetos a los cuales la propia Constitución aplica el sustantivo *autoridad* se encuentran los *tribunales*. Por lo mismo, aquella prohibición se dirige también a estos órganos jurisdiccionales. La expresión *diferencias arbitrarias*, por su parte, expresa la formulación clásica de igualdad. Esta exigencia de respetar la igualdad en la aplicación de la ley es coherente con la igual dignidad de todas las personas, reconocida tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en la Constitución chilena.

3. En cuanto a las consecuencias de las anteriores afirmaciones

Las afirmaciones recién enunciadas abren la puerta a una serie de consecuencias. Aquí sólo interesa explicitar aquella que se relaciona directamente con la pregunta formulada al inicio de esta investigación, esto es, si el principio constitucional de igualdad establece alguna prescripción respecto del tratamiento que los tribunales deben otorgar a casos iguales. Pues bien, la igualdad en la aplicación de la ley, en cuanto derecho fundamental implícito o adscrito al derecho fundamental a la igualdad del artículo 19, número 2, de la Constitución chilena, impone una exigencia a los tribunales: que adopten una misma deci-

sión respecto de casos que coinciden en la totalidad de sus aspectos fácticos jurídicamente relevantes¹²².

Esta conclusión, a su turno, abre la puerta a nuevas preguntas relacionadas con los alcances de la igualdad en la aplicación de la ley. Entre ellas, y sólo a modo de ejemplo, cómo determinar si dos casos coinciden en la totalidad de sus propiedades relevantes, cuáles casos deben ser considerados por un determinado órgano jurisdiccional para efectos de respetar la igualdad en la aplicación de la ley y, sin ánimo de exhaustividad, si resulta admisible, y en qué casos, incumplir con este mandato de trato igual. Estos problemas, entre otros, deberán ser objeto de nuevas investigaciones, pero evidentemente implican un quiebre con la forma en que tradicionalmente se ha comprendido la obligatoriedad del precedente en la familia jurídica Europeo Continental.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

- ALDUNATE LIZANA, *Derechos fundamentales*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008.
- AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, segunda reimpresión Fontamara, México, 2003.
- BAILEY, S. H., y GUNN, M. J., *The modern English legal system*, segunda edición, ELBS, Gran Bretaña, 1991.
- BRONFMAN VARGAS, Alan, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, y NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Constitución Política comentada*, Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago de Chile, 2012.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique, *Curso de derecho constitucional*, tomo I, Thomson Reuters Puntolex, Santiago de Chile, 2011.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.
- _____, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

¹²² Esto es coherente con la lógica del precedente judicial en el *Common Law*, donde "se entiende que "Uno de los sellos de cualquier buena toma de decisiones en el proceso es la consistencia: casos similares deben ser tratados de la misma manera" (BAILEY, S. H., y GUNN, M. J., *The modern English legal system*, segunda edición, ELBS, Gran Bretaña, 1991, p. 369).

- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, tomo II, tercera edición actualizada, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.
- MENDONCA, Daniel, y GUIBOURG, Ricardo A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho constitucional*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y en el sistema interamericano*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2008.
- _____, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, segunda edición corregida, 2008.
- OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, segunda edición, Santiago de Chile, 2007.
- OLLERO, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 23.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Derecho constitucional*, tomo I, Ediar ConoSur, Santiago de Chile, 1985.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Jurídica de chile, Santiago de Chile, 1997.
- _____, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, Jurídica de chile, Santiago de Chile, 2006.
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, novena edición actualizada y ampliada, Jurídica de chile, Santiago de Chile, 2011.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho constitucional*, tomo I, segunda edición, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

2. Obras traducidas

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. Ernesto GARZÓN VALDÉS), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- ARISTÓTELES, *La política*, Traducc. Carlos GARCÍA GUAL y Aurelio PÉREZ JIMÉNEZ, Alianza, Madrid, 1998.

- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos* (Traducc. Rafael DE ASÍS ROIG), Sistema, Madrid, 1991.
- BRIESKORN, Norbert, *Filosofía del Derecho* (Traducc. Claudio GANCHO, Herder, Barcelona, 1993).
- GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Traducc. Jordi FERRER BELTRÁN, Gedisa, Barcelona, 1999.
- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado* (Traducc. Eduardo García Maynez), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- _____, *Teoría general de las normas* (Traducc. Hugo Carlos DELORY JACOBS), Trillas, México, 1994.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, segunda reimpresión (Traducc. María Dolores GONZÁLEZ) Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

3. Capítulos de libros

- CALSAMIGLIA, Albert, "Sobre el principio de igualdad", en MUGUERZA, Javier, y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 97-110.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, "Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta", en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 81, septiembre-diciembre 2007, pp. 71-114.
- DELGADO PINTO, José, "Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: Derechos humanos y constitución", en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, y DEL REAL, J. Alberto (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 91-102.
- EVANS ESPÍNEIRO, Eugenio, "La igualdad ante la justicia. Desafío modernizador de algunas jurisdicciones especiales", en NAVARRO BELTRÁN, Enrique (ed.). *20 años de la Constitución chilena. 1981-2001*, ConoSur, Santiago de Chile, 2001, pp. 181-187.

4. Artículos de revistas

- ALCHOURRÓN, Carlos, "Sobre Derecho y lógica", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* Nº 13, 2000, pp. 11-33.
- BOTTA ROCCATAGLIATA, José, "¿De nuevo la igualdad en los concordatos?", en *Revista de Derecho, Universidad de Montevideo*, Año VII, Nº 13, 2008, pp. 7-25.
- BULYGIN, Eugenio, "El papel de la verdad en el discurso judicial", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 26, 2003, pp. 79-86.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *La aplicación por los tribunales chilenos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Estudios Constitucionales*, Año 8, Núm. 1, 2010, pp. 425-442.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 9, septiembre-diciembre 1983, pp. 71-114.
- MORESO, Juan José, "Guastini sobre la ponderación", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* Nº 17, 2002, pp. 227-249.
- NAVARRO, Pablo E., "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 14, 1993, pp. 243-268.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito: fundamentación y caracterización", en *Ius et Praxis*, Vol. 13, Nº 2, 2007, pp. 245-285.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, "La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos", en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 2009, Núm. 32, pp. 487-529.
- PACE, Alessandro, "Igualdad y libertad", en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 64, enero-abril 2002, pp. 53-78.
- PALOMBELLA, Gianluigi, "Derechos fundamentales. Materiales para una teoría", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 22, 1999, pp. 525-579.
- RODRÍGUEZ, Jorge L., y SUCAR, Germán, "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 22-II, 1998, pp. 403-420.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Introducción", en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 31, enero-abril 1991, pp. 9-38.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, "Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del art. 5º de la CPR de 1980", en *Ius et praxis*, Vol. 9, Núm. 1, año 2003, pp. 351-364.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿De qué igualdad estamos exactamente hablando?", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, Nº 1, 1999, pp. 173-186.
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra, AGUILERA BERTUCCI, Daniela, y VÁSQUEZ BRAVO, Andrea, "Lejos del poder. Hacia la implementación de una ley de cuotas en Chile", en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XX, Nº 2, 2007, pp. 9-30.

5. Documentos en formato electrónico

- BULYGIN, Eugenio, "Los jueces ¿crean Derecho?", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, abril 2003, Núm. 18, pp. 7-25. [Fecha de consulta: 2 de agosto de 2007]. Disponible en la Word Wide Web: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01482529789055928540035/index.htm>.
- COMANDUCCI, Paolo, "Igualdad liberal", 1999 [Fecha de consulta: 7 de febrero de 2009]. Disponible en: www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-Octubre1998/032Juridica03.pdf.
- NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Volumen I. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.* [Fecha de consulta: 25 de abril de 2012]. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_sp.doc.
- FELTRER RAMBAUD, Loreto, "La igualdad entre los sexos: las acciones positivas", 1997. [Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2011]. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/II%20CONGRESO/Comunicaciones%20Loreto.htm.
- FIGUEROA G., Rodolfo, "Igualdad y discriminación", 2000. [Fecha de consulta: 22 de julio de 2008]. Disponible en: www.udp.cl/derecho/derechoshumanos/publicaciones/10/figueroa.pdf.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Igualdad y respeto al precedente", 1993-1994. [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2009]. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175011&orden=187898&info=link>.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos", en *Estudios Constitucionales*, año 6, Nº 2, 2008, pp. 73-119. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2012]. Disponible en: www.scielo.cl/pdf/estconst/v6n2/art04.pdf.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)", 1994. [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2009]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/81/art/art4.htm>.
- NAVARRO, Pablo E., ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge L., y SUCAR, Germán, "El alcance de las normas jurídicas", 1998. [Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2007]. Disponible en: [http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/Diplomado%20en%20Argumentaci%F3n%20\(ITAM\)/El%20alcance%20de%20las%20normas%20jur%EDdicas.doc](http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/proftc/Cerdio/Diplomado%20en%20Argumentaci%F3n%20(ITAM)/El%20alcance%20de%20las%20normas%20jur%EDdicas.doc).
- OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe de Armonización. Proyecto de Ley que establece medidas contra la discriminación.* [Fecha de

consulta: 25 de abril de 2012]. Disponible en: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/04/OHCHR-Chile-Harmonization-Report-Bolet%C3%ADn-3.815-07.pdf>.

6. Normas jurídicas citadas

Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>.

Constitución Política de la República de Chile. Disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.

Código del Trabajo de la República de Chile. Disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>.

Código Procesal Penal de la República de Chile. Disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>.

7. Jurisprudencia citada

Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, recurso de amparo, 22 de octubre de 2004, rol Nº 329-2004. [Fecha de consulta: 13 de enero de 2012]. Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAAAQZYAA&consulta=100&causa=329/2004&numcua=14413&secre=CRIMEN.

Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta, recurso de amparo, 27 de diciembre de 2004, rol Nº 393-2004. [Fecha de consulta: 13 de enero de 2012]. Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAANAAAQugAA&consulta=100&causa=393/2004&numcua=17573&secre=CRIMEN.

Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valparaíso, recurso de protección, 26 de enero de 2009, rol Nº 609-2008. [Fecha de consulta: 10 de enero de 2012]. Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAALAABrnuAAC&consulta=100&causa=609/2008&numcua=2781&secre=QUEJA-HECHO-AMPARO-PROTECCION.

Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, recurso de amparo, 1 de julio de 2009, rol 494-2009. [Fecha de consulta: 17 de enero de 2012]. Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAANAAB%2FwvAAD&consulta=100&causa=494/2009&numcua=10706&secre=.

Sentencia de la E. Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, 8 de abril de 2010, rol N° 9.265-2009. [Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2010]. Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAPAADzb0AAL&consulta=100&causa=9265/2009&numcua=10773&secre=UNICA.

Sentencia de la E. Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, 20 de abril de 2010, rol N° 852-2010. [Fecha de consulta: 29 de diciembre de 2010]. Disponible en: <http://cortesuprema.cl/causas/esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAPAADzoDAAO&consulta=100&glosa=&causa=852/2010&numcua=12339&secre=UNICA>.

Sentencia de la E. Corte Suprema, unificación de jurisprudencia, 10 de noviembre de 2010, rol N° 5.451-2010. [Fecha de consulta: 27 de diciembre de 2010]. Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAyAAB09pAAD&consulta=100&glosa=&causa=5451/2010&numcua=42783&secre=UNICA.

Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, recurso de protección, 9 de octubre de 2010, rol N° 1.304-2010. Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/BusqCausas/BCA_doc_corte.php?rowdetalle=5028835&consulta=100&causa=1304/2010&numcua=24629&secre=Civil. [Consulta: 3 enero 2012].

Sentencia de la E. Corte Suprema, recurso de protección, 9 de junio de 2009 rol N° 2.506-2009. [Fecha de consulta: 18 de diciembre de 2010]. Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAAB3F7AAG&consulta=100&causa=2506/2009&numcua=18169&secre=UNICA.

Sentencia de la E. Corte Suprema, recurso de casación, 27 de enero de 2011, rol N° 3.214-2009. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAyAAB2c6AAH&consulta=100&glosa=&causa=8314/2009&numcua=4629&secre=UNICA.

Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Temuco, recurso de protección, 29 de diciembre de 2008, rol N° 2.294-2008. [Fecha de consulta: 14 de junio de 2011]. Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAQABtirAAB&consulta=100&causa=2294/2008&numcua=30316&secre=CIVIL.

Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Bolivia, recurso indirecto o incidental de inconstitucionalidad, 16 de octubre de 2006, expediente 2006-14107-29-RII. [Fecha de consulta: 5 de noviembre de 2011]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/resolucion15018>.

Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, recurso de protección, 9 de agosto de 2006, rol N° 5.610-2005. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2011]. Disponible en: <http://jurischile.blogspot.com/2006/08/protección-de-datos-personales-311005.html>.

Sentencia de la E. Corte Suprema, recurso de protección, 5 de enero de 2006, rol N° 5.234-2005. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2011]. Disponible en: http://www.pjud.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowd_etalle=AAANoPAAPAAAagjAAM&consulta=100&causa=5234/2005&numero_cua=448&secreto=UNICA.

Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, requerimiento de inconstitucionalidad, 8 de abril de 2002, rol N° 346-2002. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2011]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, requerimiento de inconstitucionalidad, 8 de abril de 2002, rol N° 346-2002. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2011]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

Sentencia de la E. Corte Constitucional colombiana, demanda de inconstitucionalidad, 10 de noviembre de 1999, expediente D-2405. [Fecha de consulta: 30 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/C-895-99.HTM>.

Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, requerimiento de inconstitucionalidad, 30 de octubre de 1995, rol N° 226-1995. [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2011]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, requerimiento de inconstitucionalidad, 31 de julio de 1995, rol N° 219-2005. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, control de constitucionalidad, 1 de septiembre de 1988, rol N° 53-1988. [Fecha de consulta: 22 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>.

Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, control de constitucionalidad, 8 de abril de 2002, rol N° 346-2002. [Fecha de consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=274>.

Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, recurso de inaplicabilidad, 26 de julio de 2011 rol N° 1.852-2010-INA. [Fecha de consulta: 19 de abril de 2012]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2067>.

- Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, recurso de inaplicabilidad, 21 de julio de 2011, roles Nº 1.732-10-INA y Nº 1.800-10-INA (acumulados). [Fecha de consulta: 19 de abril de 2012]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1983>.
- Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, recurso de inaplicabilidad, 14 de junio de 2011, rol Nº 1.718-2010-INA. [Fecha de consulta: 19 de abril de 2012]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1971>.
- Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, recurso de inaplicabilidad, 4 de enero de 2011, rol Nº 1.683-2010-INA. [Fecha de consulta: 19 de abril de 2012]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1715>.
- Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, recurso de inaplicabilidad, 3 de abril de 2012, rol Nº 1.888-2010-INA. [Fecha de consulta: 19 de abril de 2012]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2357>.
- Sentencia del E. Tribunal Constitucional de Chile, recurso de inaplicabilidad, 17 de junio de 2010, rol Nº 1.589-2009-INA. [Fecha de consulta: 19 de abril de 2012]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=1400>.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude y otros vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, fondo, reparaciones y costas. [Fecha de consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.doc.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. [Fecha de consulta: 24 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gómez Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, 24 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. [Fecha de consulta: 25 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.doc.

