



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Martínez, José Ignacio; Zúñiga Urbina, Francisco
EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Estudios Constitucionales, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 199-226
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82019098007>

- ▶ 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

EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL¹
THE REASONABLENESS PRINCIPLE IN THE JURISPRUDENCE OF THE
CONSTITUTIONAL COURT *

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ²

Profesor de Derecho Constitucional, Universidad los Andes
jmartinez@uandes.cl

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA³

Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
zdc@zdcabogados.cl

RESUMEN: Si bien el Derecho nos ofrece siempre varias soluciones posibles aplicables a un caso o situación, la determinación de cuál de ellas es la más adecuada es lo mismo que preguntarse cuál de todas ellas es la más razonable. En este trabajo se analizará el origen del principio de razonabilidad y la forma en que ha sido desarrollado en Estados Unidos. Asimismo, se señalará la forma en que este principio ha sido recogido en nuestra Constitución, y cómo ha sido aplicado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, para finalmente extraer un listado de criterios de razonabilidad emanados de dicha jurisprudencia.

ABSTRACT: The law offers several potential solutions applicable in a case. Determining which one is right implies discover which one is most reasonable. In this paper we analyze the origin of the reasonableness principle and the way it has been developed in the U.S. We also analyze how this principle has been enshrined in the Chilean Constitution, and how it has been applied by the jurisprudence of the Chilean Constitutional Court, to finally extract a list of reasonableness criteria emanating from this jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: El principio de razonabilidad; jurisprudencia del Tribunal Constitucional

KEYWORDS: the reasonableness principle; Jurisprudence of the Constitutional Court.

¹ Este trabajo es producto de la investigación llevada a cabo por sus autores en el marco del proyecto Fondecyt N° 1100639, “Los principios de razonabilidad y de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Recibido el 7 de marzo de 2011 y aceptado el 23 de marzo de 2011.

² Profesor de Derecho Constitucional, Catedrático Jean Monnet, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.

³ Profesor de Derecho Constitucional, Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Universidad Diego Portales.

I. PRESENTACIÓN

Bajo el sugerente título *¿Tiene razón el Derecho? Entre método científico y voluntad política*, el profesor español Andrés Ollero Tassara señalaba hace algunos años que “la peculiaridad de la tarea jurídica consiste en que lleva consigo un ejercicio de razón práctica con efectos vinculantes”⁴. En este mismo sentido, Zapata agrega que “en el caso de la autoridad que toma decisiones, la retórica a emplear debe contener argumentación racional y evitar las apelaciones a las emociones o pasiones del auditorio”⁵. En otros términos, el Derecho no pertenece al género de los sentimientos, las impresiones o los gustos personales, sino al mundo o realidad del deber ser, de la asignación de valor a las conductas y en tal medida a la razón práctica, y por ello la consecución de sus fines últimos, la justicia, de ser esta posible, y que sólo puede alcanzarse a través de aquélla, y la seguridad jurídica. Incluso más, la seguridad jurídica está en la base de la racionalidad propia del derecho y de la ley. Es por eso que hablar de razonabilidad en el Derecho supone analizar si las soluciones a los conflictos de relevancia jurídica son o no “razonables”, o sea, si las “razones” que hay detrás de aquéllas son o no ajustadas a la razón, y no producto de meras apreciaciones subjetivas reactivas a sentimientos, impresiones o gustos personales.

D’Ors identificaba razonabilidad con prudencia. Más aún, entiende que la justicia depende de la *prudentia*, virtud intelectiva que implica “saber lo que conviene o no conviene hacer”. Y agrega que “una solución prudente debe combinar la argumentación lógica de conceptos jurídicos claros con la necesidad de alcanzar una solución práctica y lo más sencilla posible”⁶. Es interesante considerar que, como señala el propio D’Ors, la solución prudente no sólo resulta exigible a los tribunales, sino que a toda actividad jurídica⁷.

De todo lo anterior se sigue que todo proceso de descubrimiento o de creación de Derecho implica un ejercicio de la razón. Esto es importante, pues aparentemente, el Derecho nos ofrece siempre varias soluciones posibles jurídicas y aplicables a un caso o situación, y la determinación de cuál de ellas es la más adecuada es lo mismo que preguntarse cuál de todas ellas es la más razonable. En todo caso, y como aclara Friedrich, la razonabilidad y lo racional no son características propias de ciertas élites intelectuales, sino que se trata de cualidades inherentes a lo que él denomina “hombre común”⁸. Por eso, la razonabilidad del Derecho es algo que

⁴ OLERO (1996), 434.

⁵ ZAPATA (2008), 155.

⁶ D’Ors (1999), 75-76.

⁷ Ibíd., 75.

⁸ FRIEDRICH (1964), 284. En este mismo sentido, ver VINOGRADOFF (1967), D’Ors (1995).

se vincula más al sentido común que a sesudos ejercicios intelectuales de personas especialmente preparadas e inteligentes.

Como se comprenderá, la exigencia de razonabilidad resulta de especial importancia respecto de la creación de Derecho, en particular del Derecho normativo y del judicial, aunque este último está en una cierta posición de privilegio, pues es él el llamado a enjuiciar la razonabilidad de la solución normativa. Así ha quedado de manifiesto en el ámbito del Derecho Constitucional norteamericano, a partir del siglo XIX, en gran medida producto de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Sin embargo, a partir de la Ley Fundamental de Bonn, y más concretamente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, se introduce al lenguaje constitucional un término distinto, pero que en cierta forma viene a reflejar la misma exigencia de que la producción de Derecho debe sujetarse a ciertos estándares que impidan o disminuyan al máximo la arbitrariedad. Nace así la idea de proporcionalidad, que se ha expandido no sólo por Europa y desde allí a nuestras latitudes, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial.

II. UNA PRECISIÓN: RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD NO SON LO MISMO, AUNQUE SE RELACIONAN

Si bien razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos, que apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad, lo cierto es que un estudio más detenido de ambos lleva a concluir que estricta y formalmente no son lo mismo. Como se verá más adelante, en Estados Unidos, país en donde la razonabilidad es un parámetro amplísimo de control de los poderes públicos que arranca de la cláusula del de “process of law”, resulta inconducente hablar de “principio de proporcionalidad”, a menos que nos situemos en el ámbito del Derecho Penal⁹.

No obstante, sí parece existir una relación entre ambos principios, de género a especie. Ello, porque la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin. Parafraseando a Arancibia, en el juicio de proporcionalidad se mide la “intensidad” de la actuación estatal¹⁰. En otros términos, en el juicio de proporcionalidad se trata de determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal, o lo que es lo mismo,

⁹ No obstante, recientemente se observan algunos intentos doctrinarios por introducir la aplicación del principio de proporcionalidad, como complemento del control de razonabilidad. A modo de ejemplo puede citarse el reciente trabajo de SULLIVAN y FRASE (2009).

¹⁰ ARANCIBIA (2010), 287-299.

cúal es el grado de intervención compatible con el respeto a los derechos. Desde luego ello apunta a eliminar la arbitrariedad, y en tal sentido, el juicio de proporcionalidad supone el de razonabilidad.

Una buena demostración de que razonabilidad y proporcionalidad no son lo mismo, aunque se relacionan, se da en aquellos casos en que el acto de un poder público infringe de manera abierta y grosera la igualdad o el debido proceso. Ejemplo de ello sería una medida rotundamente discriminatoria en razón de raza, de edad o de sexo, o que infringiese de manera evidente reglas básicas del debido proceso, como la imparcialidad del juzgador o el derecho a ser escuchado. En tales supuestos parece no ser necesario efectuar ningún tipo de test destinado a determinar si la medida es o no la más adecuada, sino que bastaría la mera constatación de la no razonabilidad de la actuación pública¹¹. En todo caso, ello no implica que el control de razonabilidad suponga siempre sólo una constatación, pues, como lo demuestra la jurisprudencia constitucional que se examinará más adelante, hay supuestos en que aquello no basta, y en los que el juzgador debe analizar, interpretar, sopesar¹².

Por otra parte, debe considerarse además que si bien en Estados Unidos y en Alemania los principios de razonabilidad y de proporcionalidad se manifiestan en test o parámetros concretos de control de los actos potestativos de los poderes públicos, sus ámbitos de aplicación son diferentes. Así, y según se verá más adelante, en Estados Unidos el test resulta aplicable fundamentalmente a los actos de regulación o limitación de la actividad económica y de la propiedad. Por su parte, en Alemania y en los países en que opera el juicio de proporcionalidad, éste se aplica en general a todo acto de regulación o limitación del ejercicio de derechos.

En el presente trabajo se analizará el origen del principio de razonabilidad y la forma en que ha sido desarrollado en Estados Unidos, con especial énfasis en las fórmulas que se han creado para determinar si las actuaciones de los poderes públicos se ajustan o no a él. Asimismo, se señalará la forma en que este principio ha sido recogido en nuestra Constitución, y cómo ha sido aplicado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, para finalmente extraer un

¹¹ Usando la terminología propuesta por Haro, este ejemplo demuestra que la razonabilidad tiene un aspecto objetivo, “que surge notablemente del mero contraste de la norma y el hecho, de su simple cotejo”. Haro (2001), 182.

¹² Al respecto, Haro sostiene que la razonabilidad tiene también un aspecto subjetivo, que es la “conclusión de un proceso de interpretación, lleno de ponderaciones y meditaciones que realiza el juez, inspirado en los valores o principios que informan su conciencia jurídica y atendiendo a las circunstancias que connotan los hechos”. Haro (2001), 182.

listado de criterios de razonabilidad emanados de dicha jurisprudencia¹³. Esto último porque, como señalan Bazán y Madrid, la determinación de si algo es o no jurídicamente razonable depende de cada caso¹⁴.

III. CONSTITUCIÓN, DERECHOS Y RAZONABILIDAD

1. Constitucionalismo y razonabilidad

Pereira nos recuerda que en la cultura angloamericana lo razonable, la razonabilidad y, en último término, la confianza en el sentido común del hombre corriente, han sido el pilar fundamental de sus sistemas constitucionales¹⁵. Más aún, la razonabilidad del hombre común ha sido uno de los fundamentos de las libertades de los ingleses¹⁶. Este dato es de suma importancia si se considera que es precisamente éste el ámbito cultural en el que nació, se desarrolló y consolidó el constitucionalismo en una de sus vertientes culturales de Occidente.

No obstante, en el caso norteamericano esas peculiaridades se concretaron además en una Constitución codificada, y con ello en cierta forma la razonabilidad está garantizada por la propia Constitución. En concreto, ello se traduce en el hecho de que la creación de normas responde a las regulaciones contenidas en la Constitución, la que no sólo crea y estructura los órganos que producen normas (el legislador y la administración), sino que además, les atribuye la competencia para producirlas, así como las formalidades y límites a los que están sujetos. Entre estos últimos se cuentan los derechos y libertades inherentes al hombre, para cuya garantía “se instituyen entre los hombres los gobiernos”, según señalaba acertadamente la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. En tal sentido, Smith señala que los padres del constitucionalismo norteamericano entendían la Constitución como una manifestación de la razón, como una forma de alcanzar un gobierno que no estuviese fundado en la arbitrariedad y la fuerza. Ello suponía, entre otras cosas, el respeto y protección de la justicia y de

¹³ El principio de proporcionalidad, su origen, desarrollo, su inserción en el sistema constitucional chileno y su aplicación por nuestro Tribunal Constitucional, serán analizados en un próximo trabajo, que se enmarca también en el proyecto Fondecyt N° 1100639, “Los principios de razonabilidad y de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

¹⁴ BAZÁN y MADRID (1991), 180.

¹⁵ PEREIRA (1992), 16.

¹⁶ Según Pereira, los fundamentos de las libertades inglesas son cuatro. Uno de ellos es la razonabilidad, la moralidad y la buena fe del hombre común. Los otros tres son el carácter histórico de los derechos, la concepción de éstos como realidades concretas y no como abstracciones, y su carácter negativo en un doble sentido: porque la libertad se da por supuesta, y porque se entiende como limitaciones a la actuación del poder. *Ibid.*, 266.

los derechos que la Naturaleza confiere al ser humano, y hacía necesario transformar la Constitución en un texto escrito en el que se plasmaran expresamente las competencias que se atribuirían a los poderes públicos¹⁷.

Este modelo clásico es el que fue recogido con posterioridad por muchos sistemas constitucionales, y que en el caso de nuestro país se concreta hoy en la Constitución en al menos dos ideas. En primer lugar, el reconocimiento de que la soberanía encuentra “como límite el respeto a los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana” (Art. 5º inc. 2º). Y en segundo lugar, en el principio de juridicidad, según el cual los poderes públicos son creados por la Constitución y las normas dictadas conforme a ella; que éstos sólo pueden ejercer las competencias que expresamente les hubieren sido conferidas por la Constitución y las normas que se ajusten a aquélla, y que el ejercicio de ellas debe someterse a los procedimientos contemplados en la Constitución y en la ley (Art. 7º incisos 1º y 2º).

2. Derechos y razonabilidad

De lo señalado hasta aquí se sigue que para el constitucionalismo clásico o liberal, la dignidad y los derechos y libertades inherentes al ser humano son su sentido último. Más aún, la Constitución misma fue inventada con el objeto de garantizarlos y protegerlos del poder, y por ello tienen un valor absoluto para el constitucionalismo¹⁸, en el sentido de que “no se fundamentan en ninguna ley, convención ni constitución”¹⁹. Por ello no pueden ser derogados, y su reconocimiento por el derecho positivo o por la opinión dominante no les “quita ni añade nada intrínseco”²⁰.

Pero lo anterior no significa que los derechos sean ilimitados, pues, como señala Pereira, “tal cosa no sería natural ni posible, ni fue esa la intención de los iniciadores del constitucionalismo, ni sería compatible con el sentido común”²¹. Y es que como sostiene De Otto, “cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más”. Así, en el caso “de la prohibición de utilizar explosivos para hacer una obra de arte o en la de instalar un laboratorio peligroso en una vivienda, nos hallamos ante normas que no regulan supuestos de hecho pertenecientes al derecho fundamental, sino de otra naturaleza, aunque puedan guardar una ocasional relación con el Derecho propiamente dicho. La

¹⁷ SMITH (1998), 3-9, 33, 45-47.

¹⁸ PEREIRA (2006), 259. En este mismo sentido, Zapata, 156.

¹⁹ PEREIRA (2006), 256.

²⁰ *Ibid.*, 258.

²¹ *Ibid.*, 257.

sanción de un eventual incendio neroniano no es limitación del arte, sino sanción de un incendio”²². En resumen, cada uno de los derechos y libertades tienen un contenido propio y por ende límites, que permiten identificarlos de los demás o de otras instituciones o realidades jurídicas.

No obstante, que los derechos tengan un contenido y límites no significa que en la realidad no se presenten dudas sobre el alcance o contenido del Derecho. Haciendo un símil con lo que ocurre en la fijación de límites entre países a través de un tratado, por mucho que éste sea el reflejo de un acuerdo sobre la materia, en la práctica ello implica necesariamente una labor posterior de delimitación, es decir, de fijación de hitos, de plasmar en terreno lo que dice la norma.

Aquello implica que los derechos y libertades exigen una labor delimitadora de parte de los poderes públicos, que entre otras cosas conlleva la necesidad de una regulación y reglamentación normativa por parte del legislador. Pero dicha actuación normativa debe ser razonable. Al respecto, Nogueira nos recuerda que “toda limitación autorizada por la Carta Fundamental que realice el legislador de los derechos fundamentales, además de la necesidad de que esté expresamente autorizada por la Carta Fundamental, debe ser justificada, no pudiendo ser arbitraria”²³.

Llevado al lenguaje de nuestra Constitución todo ello implica dos exigencias, emanadas de sus artículos 5º, 6º, 7º y 19. Una de ellas es formal y la otra material o de fondo:

a) Formal: Que la regulación o reglamentación provenga de los órganos competentes y que se ajuste a las formalidades y procedimientos contemplados en la Constitución. En nuestra Constitución, la regulación, complementación o, en su caso, limitación del ejercicio de los derechos compete sólo al legislador, en los casos en que la propia Constitución así lo dispone: principio de legalidad en materia de derechos.

b) Material: Que los objetivos de la norma y los medios empleados en ésta sean acordes a la Constitución y respondan a cierta “racionalidad” del orden jurídico, que tiene un origen liberal burgués, en particular con aquél supuesto núcleo irreducible que constituye a cada derecho o libertad, y que permite identificarlos unos de otros: su contenido esencial (Art. 19 Nº 26).

²² DE OTTO (1988), 150, 146.

²³ NOGUEIRA (2008), 128. Al respecto, BAZÁN y MADRID plantean que lo razonable es aquello que resulta acorde a dichos derechos. En otros términos, una regulación estatal de derechos será razonable en la medida que los respete. BAZÁN y MADRID (1991), 188.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY COMO EJERCICIO DE RAZONABILIDAD

De lo señalado precedentemente puede concluirse que resulta sumamente importante el rol de la ley en materia de delimitación de los derechos. Pero por lo mismo, parece fundamental controlar que el ejercicio de sus competencias de regulación, complementación o limitación de los derechos se haga respetando los límites materiales de éstos. En tal sentido, el control de constitucionalidad es una de las herramientas más importantes para controlar la observancia de aquellas exigencias. Como señala Hamilton en *El Federalista*, es función primordial de los jueces velar porque el legislador actúe de acuerdo a “los límites asignados a su autoridad”. Ello importa que si hay una incompatibilidad entre los actos “de una autoridad superior y otra subordinada, de un poder original y otro derivado”, debe preferirse el primero respecto del segundo²⁴. Este control apunta no sólo a verificar que las actuaciones de los poderes públicos se ajustan formalmente a la Constitución, sino que además, a determinar si existe o no correspondencia entre el ejercicio de la potestad normativa y el fin perseguido por ésta.

Esa correspondencia involucra, de una parte, que el acto normativo sea efectivamente la vía idónea para conseguir el fin, y, de otra, que las regulaciones, complementaciones o, en su caso, limitaciones al ejercicio de los derechos, sean razonables. Ello implicará a veces verificar que exista una proporcionalidad entre la medida normativa y el fin perseguido a través de ésta. Si esto se cumple la norma estará conforme a la Constitución, lo que ha pasado a transformarse en un auténtico principio constitucional: el principio de razonabilidad (como se le conoce en el mundo anglosajón) o de proporcionalidad (como se le conoce en Alemania y en general en Europa continental).

Así la cosas, el control de constitucionalidad implica necesariamente un juicio de razonabilidad, al punto que, como apunta Haro, esta última “ha venido a constituirse en un sinónimo de constitucionalidad, pues como dice Germán Bidart Campos, lo razonable es lo ajustado a la Constitución, no tanto a la letra como a su espíritu, y lo irrazonable es lo que conculca la Constitución, lo inconstitucional”²⁵.

V. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD, *DUE PROCESS OF LAW E EQUAL PROTECTION*

Como señala Sapag, el origen del principio de razonabilidad se encuentra en el derecho anglosajón, y se vincula al denominado *due process of Law*, que hunde sus raíces en documentos medievales, como la Carta Magna de 1215. En

²⁴ Hamilton, Madison (1943), 332-333.

²⁵ Haro, Ricardo (2001), 180.

su concepción original implica la idea de que para que los actos de los poderes públicos sean válidos, deben observarse ciertas reglas y procedimientos. Si bien desde sus orígenes el debido proceso se entendió como un principio de carácter más bien procesal o adjetivo, las cosas cambian a partir de la interpretación que de este principio comenzó a hacer la jurisprudencia norteamericana desde finales del siglo XIX²⁶.

En 1791, la V Enmienda de la Constitución de Estados Unidos había incorporado de manera expresa el principio del *due process*, al señalar que “nadie estará obligado.... a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido procedimiento jurídico...”. Más tarde, en 1868, se introdujo la Enmienda XIV, que, ratificando la idea del debido proceso, amplía su ámbito de aplicación al señalar que “ningún Estado podrá dictar o poner en vigor ley alguna que menoscabe los derechos e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; y ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad, o la hacienda, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes”.

Entre 1886 y 1905, y a partir de las cláusulas sobre *due process*, la Corte Suprema norteamericana elaboró una doctrina acerca de la razonabilidad de los actos regulatorios del Estado, según la cual:

1. La potestad regulatoria de un servicio público no es ilimitada. Más precisamente, mediante ella no se puede encubrir una confiscación, a menos que exista una justa compensación o un debido proceso.
2. Al ejercerse la potestad regulatoria del Estado, las normas que sean consecuencia de ellas deben guardar relación sustancial con los objetivos de la regulación.
3. Al ejercerse la potestad regulatoria del Estado, las normas que sean consecuencia de ellas no pueden invadir de manera evidente los derechos y libertades²⁷.
4. Las limitaciones y regulaciones deben ser “prudentes”.
5. Las leyes regulatorias se presumen inconstitucionales, y el Estado debe probar que existe una relación razonable entre la regulación y el fin perseguido por ésta²⁸.

Pero a partir de 1937, la jurisprudencia comienza a efectuar una distinción a efectos de realizar el control de constitucionalidad de la actividad regulatoria por parte del Estado. En virtud de esta distinción el control de la Corte se realizará o bien

²⁶ Sapag (2008), 163-164.

²⁷ *Ibid.*, 165-166.

²⁸ *Ibid.*

analizando que la medida adoptada es razonable desde el punto de vista del debido procedimiento, o desde el punto de vista del principio de igualdad. Más precisamente, y tomando en consideración la propia redacción de la Enmienda XIV, la Corte efectúa el control de una ley regulatoria aplicando el debido proceso sustantivo cuando ésta regula un derecho o libertad que afectará a todos por igual. Pero si dicha ley introduce distinciones a efectos de regular de manera distinta a diversos grupos de personas, la Corte realiza el control considerando la protección de la igualdad. En cualquier caso, lo que se busca comprobar mediante ambos test es si existe o no una relación razonable entre la regulación legal y el fin que con ella se persigue²⁹.

No obstante, la propia Corte elaboró algunos tests a fin de objetivar al máximo el control de constitucionalidad basado en la Enmienda XIV. Estos tests se denominan *scrutiny*, y son tres: *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* y el *rational basis review*³⁰.

1. El *strict scrutiny* parte de la presunción de inconstitucionalidad de la regulación de un derecho o libertad considerado “preferido”. Se entiende por tales aquellos “derechos que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la más mínima de las intromisiones de regulación”, como sería el caso de la libertad de información, la libertad religiosa, el derecho a la privacidad, etc.³¹ En este caso, el Estado debe probar que la finalidad de la regulación es la promoción de un interés estatal imperioso y que ella es acorde a la consecución de éste.

2. El *intermediate scrutiny* se aplica a las regulaciones de aquellos derechos que no son preferidos, sino “importantes”. En este caso, la Corte también presume la inconstitucionalidad de la regulación, y el Estado debe probar que la regulación apunta a un objetivo gubernamental importante, debiendo existir una adecuación entre los medios y los fines.

3. La *rational basis review* se aplica en defecto de los anteriores. En este caso, la regulación se presume constitucional, y debe existir una relación razonable entre ella y el objetivo que persigue. Este test es el que la Corte aplica preferentemente respecto del debido proceso.

VI. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

Tal como ocurre con la Constitución norteamericana, la Constitución chilena no contiene ninguna norma que consagre expresamente el principio de razonabilidad. Sin embargo, su Art. 7º, al consagrar el principio de imperio del Derecho, descansa

²⁹ *Ibid.*, 163-168.

³⁰ *Ibid.*, 168-169.

³¹ Cianciardo (2004), 37.

claramente en la idea de que los poderes públicos no pueden actuar de manera arbitraria. Ello implica que, además de su “investidura regular”, deben actuar dentro de su competencia, y según los procedimientos fijados en la ley. En tal sentido, la competencia de los órganos estatales debe entenderse no sólo formalmente, sino que además desde un punto de vista material o de fondo, constituido por los “derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana”, o mejor dicho, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes (Art. 5º). Más aún, aquello se traduce en que en los casos que la Constitución autoriza al legislador para complementar, regular o limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, éste no podrá afectar su contenido esencial, ni establecer “condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (Art. 19 N° 26). A su vez, en el Art. 19 de la Constitución se cuentan algunos derechos que implícita pero claramente se vinculan a la idea de razonabilidad. Se trata del principio de igualdad y sus diversas manifestaciones (Nºs. 2, 20 y 22) y del derecho al debido proceso (Nºs. 3 y 7). En resumen, si bien el principio de razonabilidad no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución, éste sí está implícito en los Art. 7º, con relación al 5º, y 19, números 2, 3, 7, 20, 22 y 26.

A) La razonabilidad como criterio de control de la diferenciación

1. *Igualdad y diferenciación.* El Art. 19 N° 2, junto con reconocer el principio de igualdad ante la ley, prohíbe a los poderes públicos “establecer diferencias arbitrarias” (inciso 2º), y por ende, implícitamente exige razonabilidad a cualquier diferenciación que aquéllos efectúen. A su vez, cuando el Art. 19 N° 20 reconoce el derecho a la igual repartición de los tributos, le prohíbe a su vez al legislador “establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos” (inciso 2º), incorporando así la idea de proporcionalidad como equivalente a justicia, y por ende, a razonabilidad. Y el Nº 22 del Art. 19 garantiza que cualquier diferenciación que haga el Estado en materia económica debe ser razonable³².

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha recogido tradicionalmente la idea de que la razonabilidad es un elemento implícito del principio de igualdad, y que por ende las diferenciaciones que fijen los poderes públicos deben ser razonables³³. Pero además, en la doctrina nacional, Fernández ha señalado con

³² El Tribunal Constitucional ha señalado que “la norma constitucional contenida en el numeral 22 del artículo 19, tiene por objeto fundamental, como ya ha tenido este Tribunal oportunidad de señalar, establecer perentoriamente el principio de igualdad ante la ley en materias económicas evitando que se produzcan discriminaciones o diferencias arbitrarias o injustas, es decir, que carezcan de justificación racional o sean producto de un mero capricho” (STC Rol N° 249, considerando 9º).

³³ Por ejemplo, sentencias Roles Nºs. 28, 53, 219, 226, 249, 755, 811, 1204, 1217, 1243.

razón que la verificación de la razonabilidad forma parte de lo que él denomina “el juicio de igualdad”. Dicha verificación conlleva a su vez la del examen de proporcionalidad de la actuación pública³⁴.

En términos generales, la igualdad jurídica se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, cuestión que nuestra Carta Fundamental consagra expresamente en el artículo 19 N° 2. Esta norma importa una opción del constituyente a fin de que todos los que se encuentran en una misma categoría, situación o circunstancia, sean tratados de manera similar por la norma legal, sin que existan entre ellos privilegios o discriminaciones arbitrarias. Por ello, se violaría la igualdad ante la ley siempre que se excluya a determinados individuos de una situación jurídica concreta en razón de su calidad personal. Pero no se infringe esta igualdad cuando el legislador describe genéricamente situaciones que colocan a ciertas personas en una posición jurídica distinta respecto de otras.

En este sentido, lo que se regula por medio de la igualdad no es la imposibilidad de establecer diferencias, pues sólo no se permiten aquellas que tienen su fundamento en meros caprichos o arbitrariedades del legislador o de la autoridad. Así, el principio de igualdad se manifiesta como una protección ante el ordenamiento jurídico y ante la autoridad, para que una persona no se vea afectada por diferencias irrationales y de trato que los poderes públicos dan, en especial el legislador. Ello no implica, como ya se señaló, un tratamiento igual para todos los casos, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica; así como tampoco se prohíbe un trato distinto ante situaciones razonablemente desiguales. Lo que sí se sanciona y prohíbe es el establecimiento de distinciones manifestamente irrationales y arbitrarias. Si el legislador o la autoridad se ven enfrentados a la necesaria diferenciación, ello debe basarse en un criterio de justicia y bien común. De esta forma, todo tratamiento legal diferenciado debe contar con una fundamentación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.

En la actualidad, la igualdad se construye, sobre todo, como un límite de la actuación de los poderes públicos y como mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad del poder. Es, por lo tanto, un principio negativo, limitativo, que acota un ámbito de actuación de los poderes públicos. Pero además, es un instrumento que permite reaccionar frente a las actuaciones de éstos cuando sean arbitrarias. La garantía del trato igualitario que en su día quedó fijada en la nota de la generalidad de la ley, puede considerarse hoy sustituida por los mandatos de no discriminación presentes en las normas entronizadoras de la igualdad ante la ley.

³⁴ Fernández (2001), 256 y ss.

2. Elementos para determinar la objetivización de las diferencias. Lo anterior torna relevantes los diversos elementos que permiten ponderar si una discriminación (“diferenciación” de trato de favor o de desfavor) es o no arbitraria. Para que la discriminación sea constitucionalmente admisible es necesario que ésta se funde en supuestos de hecho distintos, con sustento en un fin determinado, y que sea razonable, lo que incluye la proporcionalidad.

La desigualdad de los supuestos de hecho justifica constitucionalmente la diferencia de trato y evita que sea considerada discriminación arbitraria; es, antes que nada, la existencia de situaciones de hecho que, por ser diferentes, admiten o requieren un trato también diferente. La diferencia de las situaciones de hecho otorga la cobertura jurídica que da lugar a la diferenciación admisible y excluye la discriminación. Pero a su vez, la diferenciación debe estar basada en una finalidad concreta que la justifique, y todo ello debe ser en sí mismo razonable, es decir, prudente, lógico, coherente, meditado, lo que se contrapone a lo instintivo, fruto del capricho o la sin razón. Por último, es preciso que la relación entre estos factores esté caracterizada por la proporcionalidad. Ello implica una correspondencia entre las situaciones de hecho y la finalidad perseguida, siendo constitucionalmente admisibles todas cuantas sean las consecuencias jurídicas que guarden relación con lo querido, aun cuando unas puedan parecer preferibles a otras. En síntesis, una relación coherente e idónea de medios, al fin constitucionalmente admitido.

El trato desigual por parte del legislador sólo será constitucionalmente legítimo si reúne las condiciones referidas: distintas situaciones de hecho, finalidad, razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. En otros términos, si el trato desigual tiene una justificación objetiva y razonable. De lo contrario, la introducción en una norma de consecuencias jurídicas diferentes para distintos grupos o individuos, no será constitucionalmente admisible. La justificación objetiva y razonable es, por consiguiente, lo que permite calificar la actuación de legislador como diferenciadora y constitucionalmente justificada, y su ausencia, como arbitraria, gratuita, subjetiva y, por ende, constitucionalmente inadmisible.

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

i. La fijación de normas transitorias en una ley no es en sí misma una diferenciación irrazonable. En su sentencia Rol N° 28/1985, el Tribunal Constitucional clarificó que no es en sí mismo irrazonable que una ley contenga normas transitorias. Partiendo de la base de que la Constitución no las prohíbe, agregó que “el solo hecho de la transitoriedad de una norma legal no constituye por sí misma una discriminación, sino que representa la voluntad del legislador en orden a que la aplicación de esa norma o sus efectos tengan una duración temporal, en oposición a lo permanente” (considerando 9º).

ii. Irrazonabilidad del turno gratuito de los abogados. El Tribunal Constitucional ha declarado que es contrario a la Constitución la exigencia de turno gratuito que el Art. 595 del Código Orgánico de Tribunales impone a los abogados y que es contraria a la igualdad ante la ley. Ello, porque “un estudio comparativo con las demás profesiones liberales haría merecedora de reproche a la norma, habida cuenta de que el turno gratuito sólo se exige respecto de los abogados y no así en relación a otras profesiones que cumplen una función social como la medicina, arquitectura o pedagogía, vinculadas a bienes jurídicos tan o más relevantes como son la vida, la salud, la vivienda y la educación, respectivamente” (considerandos 27°, 19° y 47°, sentencia Roles N° 755, 1140 y 1254, respectivamente). Más aún, “la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuitidad– puede transformarse en gravoso si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que puede tornarse en una situación imposible de sostener, y aun de ejecutar satisfactoriamente, más todavía, si se piensa que la obligación se mantendrá hasta el término efectivo del juicio que puede importar un largo período de tramitación. Como se aprecia, para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no puedan procurársela por sí mismos, el legislador puede emplear el medio –por cierto excepcional y supletorio– de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional. Así, tal carga de gratuitidad no aparece como un medio necesario ni se justifica para alcanzar el fin constitucional perseguido;” (considerandos 41°, 32° y 61°, sentencias Roles N° 755, 1140 y 1254, respectivamente).

iii. La fijación de altas tasas en determinados impuestos indirectos no es de por sí irrazonable. En su sentencia Rol N° 203, el Tribunal Constitucional comenzó a diseñar lo que ha venido siendo una opinión ya constante en materia de razonabilidad de las tasas de tributos indirectos. En este caso, el Tribunal conoció de un requerimiento en contra del artículo 2°, N° 10, letra a) del proyecto que modificaba el Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales. La modificación legal cambiaba el límite máximo que las municipalidades podrían cobrar por concepto de patentes municipales, pasando de 1.000 a 4.000 UTM. Los requirentes sostuvieron que esta reforma suponía un atentado al Art. 19, numerales 2 y 22.

Sin embargo, el Tribunal señaló que el principio de igualdad supone que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”, y que conforme “a este criterio es evidente que la ley que cambia el límite máximo de 1.000 unidades tributarias mensuales

a 4.000 unidades tributarias mensuales no está en discrepancia con el artículo 19, N° 2, de la Constitución citado, y que de esta sola modificación no podría derivarse una desigualdad ante la ley ni menos que ésta signifique una diferencia arbitraria". Ello, porque la discriminación arbitraria supone "una diferencia irracional o contraria al bien común, diferencia que no se desprende del contexto del proyecto de ley que modifica el artículo 24, inciso segundo, del Decreto Ley N° 3.063, de 1979", razón por la cual entendió que la modificación no vulneraba el principio de igualdad (considerando 11°).

Pero además, el Tribunal señaló que la reforma tampoco atentaba contra el derecho a no ser discriminado en materia económica por el Estado (Art. 19 N° 22), ya que "en ningún caso la reforma que se introduce al Decreto Ley N° 3.063, de 1979, puede significar una diferencia arbitraria en el trato que las Municipalidades como órganos del Estado pueden dar a los particulares. La circunstancia de que sólo se modifique el límite máximo del tributo que, eventualmente, pueda aplicarse por la autoridad local no significa que se contemplen, por ese solo hecho, diferencias arbitrarias entre los distintos contribuyentes" (considerando 12°).

Por último, el Tribunal cerró su razonamiento señalando que: "lo consustancial al derecho de igualdad impositiva sería que los tributos deben ser iguales, proporcionados y justos y como ya lo hemos analizado en considerandos anteriores estos principios no se han desconocido por la reforma propuesta, más aún teniendo en consideración que se trata sólo de la modificación de un límite máximo" (considerando 14°).

Más tarde, en su sentencia Rol N° 219, el Tribunal Constitucional sostuvo que "en materia de impuestos indirectos que gravan el consumo, la desproporcionalidad o injusticia de la tasa del tributo es difícil de determinar, pues existen múltiples factores, todos de hecho, que inciden en su calificación. Entre ellos cabe destacar, la capacidad de pago del contribuyente, la calificación del bien como de uso o consumo habitual o de carácter suntuario o prescindible o si con su imposición se impide el desarrollo de una actividad económica, factores todos que implican a juicio de este Tribunal apreciaciones eminentemente valóricas según tuvo oportunidad de señalarlo en el Rol N° 203, de 1994. Se trata de situaciones de hecho difíciles de precisar y que deben acreditarse fehacientemente para que puedan fundar una decisión" (considerando 8º). No obstante, "un impuesto indirecto podría, entre otras situaciones, ser manifiestamente desproporcionado o injusto si con su imposición o monto se impide del todo o se limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de una actividad económica o impide la adquisición del dominio de los bienes a que afecte el impuesto" (considerando 9º).

En un sentido similar se pronunció más tarde el propio Tribunal en la sentencia Rol N° 280, cuando sostuvo que “para lograr realmente la igual repartición de los tributos es necesario que los impuestos se apliquen con generalidad, esto es, abarcando íntegramente a las categorías de personas o de bienes previstas en la ley y no a una parte de ellas”. Ello implica que el legislador “puede establecer gravámenes distintos para una determinada categoría de ciudadanos, según sea la industria o trabajo que realicen, pero dentro de cada categoría es preciso que exista una norma igual para todos quienes se encuentran en idénticas condiciones” (considerando 21º).

iv. Irrazonabilidad del principio solve et repete. En las sentencias Roles 792, 1061, 1046, 1253, 1262 y 1279, el Tribunal Constitucional acogió seis cuestiones de inaplicabilidad en las que se impugnaba la aplicación del Art. 171 del Código sanitario. El precepto en cuestión establecía que para impugnar judicialmente la multa impuesta por el Servicio Nacional de Salud en el curso de un sumario administrativo, debía previamente consignarse el monto de ésta. A juicio del Tribunal Constitucional, aquello implicaba una exigencia desmedida y un privilegio desproporcionado y no razonable a favor del Estado, pues éste siempre puede hacer cumplir su decisión, no obstante estar pendiente la decisión judicial, conforme lo dispone el Art. 172 del mismo Código. De paso, dicha exigencia implicaba una infracción al derecho de acceso a la justicia, parte integrante del derecho a la igual protección de la ley (Art. 19 N° 3 de la Constitución). Por las mismas razones en su sentencia Rol N° 1345-09, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del mencionado Art. 171.

En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus sentencias Roles 946, 968, 1332, 1356, 1382, 1391, 1418, 1470 y 1580, en las que se ha declarado inaplicable el Art. 474 del Código del Trabajo, que exige que para impugnar judicialmente la multa que aplique la Inspección del Trabajo como consecuencia de presuntas infracciones a las leyes laborales, es menester consignar previamente una tercera parte de la multa que aplique como condición para reclamar de ella. Al respecto, el Tribunal sostuvo nuevamente que el *solve et repete* infringe el derecho al debido proceso (Art. 19 N° 3), por cuanto impone una “barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a un procedimiento racional y justo” (Rol N° 1580, considerando 5º). Dicha barrera sobrepasa además los límites del Art. 19 N° 26 de la Constitución (Rol N° 1470, considerando 10º, y Rol 1580, considerando 5º).

B) El principio de razonabilidad como criterio de control del debido procedimiento jurídico

1. El debido procedimiento jurídico

De poco valdrían los derechos y libertades si no pudiésemos obtener su garantía y protección por los jueces. Y es que, como señala Pereira Menaut³⁵, no basta con pensar que uno “tiene la justicia de su parte, sino que tendrá que demostrarlo y para ello habrá de existir un procedimiento que nos garantice nuestro derecho, de naturaleza procedural –o sea, que no se pronuncia sobre el fondo de la pretensión–, a defender aquellos nuestros derechos de naturaleza sustancial –o sea, los que se refieren al fondo o justicia material del caso–”. En tal sentido, el debido procedimiento jurídico tiene carácter formal: sólo adquiere sentido en relación con los derechos o libertades, y desde este punto de vista constituye una garantía de éstos.

El debido procedimiento jurídico es un principio general del Derecho, compuesto a su vez por una serie de principios de los que emanan diversos derechos o facultades. Esos principios que conforman el debido procedimiento jurídico, fueron expresados por los romanos bajo la fórmula de aforismos o máximas vigentes hasta hoy, y se encuentran recogidos por gran parte de los textos constitucionales del mundo, y desarrollados por las leyes de procedimientos que rigen en los diversos países. El debido procedimiento es una garantía para el resto de los derechos y libertades, los que sólo podrán verse regulados, complementados o limitados en su ejercicio en la medida que se observen los principios que lo configuran.

2. El debido procedimiento en la Constitución chilena

En nuestra Constitución, el debido procedimiento está consagrado en los numerales 3 y 7 letras b) a la i) del Art. 19, y si bien su principal ámbito de aplicación es el judicial desde una perspectiva funcional (englobando también al Ministerio Público por extensión), debe ser respetado por todos los poderes públicos, en cada una de las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones. Por ello, la jurisprudencia norteamericana comenzó a distinguir entre el debido procedimiento procesal y el debido procedimiento sustantivo (cuestión plenamente aplicable en Chile). El primero es el que dice relación con la actividad jurisdiccional propiamente tal. Por su parte, el segundo se relaciona con la actividad de los otros poderes del Estado. Así, el Poder Legislativo deberá respetarlo en las leyes sobre procedimientos, o en las que regulen o limiten el ejercicio de derechos fundamentales, cuando la Constitución así lo ha autorizado. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el legislador esté obligado a permitir

³⁵ Pereira (1996), 266.

que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas, o las restrinja en tal forma que la coloque en una situación de indefensión o de inferioridad;” (sentencia Rol N° 808, considerando 10°).

A su vez, el Poder Ejecutivo deberá observarlo en todas las decisiones con las que pueda afectar los derechos de las personas. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha hecho presente que “tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre, esto es sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo” (sentencia Rol N° 808, considerando 10°).

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

a) *Derecho a un procedimiento previo, racional y justo.* En su sentencia Rol 808, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable el Art. 1º de la Ley N° 19.989, que faculta a la Tesorería General de la República “para retener de la devolución anual de impuestos a la renta que correspondiere a los deudores del crédito solidario universitario....., los montos de dicho crédito que se encontraren impagos según lo informado por la entidad acreedora, en la forma que establezca el reglamento, e imputar dicho monto al pago de la mencionada deuda”³⁶. En concreto, el Tribunal sostuvo que la norma infringía la exigencia de un procedimiento racional y justo propia del debido proceso, al poner en situación de indefensión e inferioridad al supuesto deudor (considerando 10°). Ello, porque la Tesorería puede retener la devolución anual de impuestos “con la sola información que le proporciona el Administrador del Fondo Solidario de Crédito Universitario respectivo, sin dar oportunidad al aparente deudor a presentar otro descargo que no sea el certificado de pago emitido por dicho Administrador (considerando 11°).

³⁶ El mencionado artículo agrega que: “La Tesorería General de la República deberá enterar los dineros retenidos por este concepto al administrador del fondo solidario de crédito universitario respectivo, en el plazo de 30 días contados desde la fecha en que debiera haberse verificado la devolución, a menos que el deudor acredite que ha solucionado el monto vencido y no pagado por concepto de crédito universitario, mediante certificado otorgado por el respectivo administrador.

Si el monto de la devolución de impuestos fuere inferior a la cantidad adeudada, subsistirá la obligación del deudor por el saldo insoluto”.

A su juicio, ello “no satisface, indudablemente, las exigencias mínimas de un racional y justo procedimiento, porque no permite a quien aparece como deudor de acuerdo con la información proporcionada por el Administrador del Fondo Solidario de Crédito Universitario, ejercitar ni ante la Tesorería ni ante un tribunal de justicia otro medio de defensa que no sea la prueba del pago de la obligación y siempre que conste en un certificado emitido por el mismo ente cuya información es título suficiente para retener fondos de la devolución anual de impuestos” (considerando 11º). Ello lleva al Tribunal a afirmar que “una restricción tan drástica de los medios de defensa de una persona no tiene sustento racional, pues, aun cuando existen fundamentos objetivos para un cobro expedito de las deudas provenientes de los Fondos de Crédito Universitario, lo que justifica la restricción de las excepciones de que pueda valerse quien aparezca como deudor, ello no puede llegar hasta privar, en la práctica, de una defensa oportuna, sea ante el órgano administrativo que decide la retención o ante algún tribunal al que pudiera reclamarse, que en el caso de autos no existe” (considerando 11º).

Por otra parte y como ya se vio a propósito del principio de razonabilidad como criterio de control de la diferenciación, el Tribunal ha entendido que el denominado principio *solve et repete* implica una infracción al derecho de acceso a la justicia, parte integrante del derecho a la igual protección de la ley (sentencias Roles 792, 1061, 1046, 1253, 1262, 1279, 1345, a propósito del Art. 171 del Código tributario; y Roles 946, 968, 1332, 1356, 1382, 1391, 1418, 1470 y 1580, respecto del Art. 470 del Código del Trabajo).

b) *Debido proceso y leyes penales en blanco.* El inciso del Art. 19 N° 3 de la Constitución consagra el denominado principio de tipicidad, según el cual la ley penal debe describir expresamente la conducta que se sanciona. Al respecto, Evans señala que originalmente la Comisión de Estudios que elaboró el anteproyecto de la Constitución perseguía “prohibir las llamadas ‘leyes penales en blanco’, que son aquellas en que el legislador se limita a describir parcialmente la conducta sancionada remitiéndose a otras normas jurídicas, generalmente resoluciones de autoridad, para que complete la figura delictiva”³⁷. Para ello el precepto señalaba originalmente que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella”. Sin embargo, en la redacción final del precepto, la Junta de Gobierno eliminó la expresión “completa”, sin que existan antecedentes que den cuenta del porqué de esta medida. A juicio de Evans, de esta forma se “eliminó la prohibición de dictar leyes penales en blanco”³⁸.

³⁷ Evans (1986), Tomo II, 33.

³⁸ Ibíd.

Ya en el año 1984, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse acerca del sentido y alcances de la exigencia del inciso final del Art. 19 N° 3 de la Constitución, en la sentencia Rol N° 24. En dicha ocasión, el Tribunal fue requerido por la Junta de Gobierno para que resolviese cuestiones de constitucionalidad respecto del proyecto de ley que sancionaba el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes y derogaba la Ley N° 17.934. La duda se planteó a propósito de la norma que encomendaba a la potestad reglamentaria la determinación de las sustancias que serían consideradas como sictrópicas, lo que podría vulnerar el principio de tipicidad del Art. 19 N° 3 de la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que la redacción final de este precepto “tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa” (considerando 3º). Y agregó que “la interpretación emanada de la historia fidedigna de la norma constitucional en estudio concuerda con el sentido natural y obvio de las palabras ‘expresa’ y ‘completamente’, según el cual estas expresiones no son equivalentes, ya que la última “contiene mayores exigencias y, tratándose de la conducta delictual debe ser llena, cabal, acabada y perfecta” (considerando 4º). Por tal razón entendió que “de acuerdo a los términos del inciso final del N° 3 del artículo 19, basta, pues, que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena, que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”. Por ello entendió que no es incompatible con la Constitución que la ley encomiende al reglamento “la misión de pormenorizar las substancias o drogas a que se refiere la norma rectora” (considerando 5º).

Esta posición del Tribunal ha sido ratificada más recientemente en la sentencia Rol N° 468, en la que tuvo que pronunciarse acerca de la constitucionalidad del delito de incumplimiento de deberes militares, del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar. Esta norma sanciona con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, al militar que, “sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294³⁹, deje de cumplir sus deberes militares”. En esta ocasión, el Tribunal señaló que “están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible

³⁹ Art. 294. El que en tiempo de guerra, con males supuestos o con cualquier pretexto, se excusare de cumplir sus deberes, o no se conformare con el puesto o servicio a que fuere destinado, incurrirá en la pena de reclusión militar menor en cualquiera de sus grados, o en la de pérdida del estado militar.

se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las permitidas se ajusta a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad” (considerando 6º).

Por ello, “la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del ‘núcleo central’ de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los ‘deberes militares’ no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de ‘disciplinadas’ que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas” (considerando 9º). El Tribunal entendió además que el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas contiene también algunas conductas que precisan el alcance del Art. 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, como es el caso de los Arts. 12 y 20, a lo que se suma el hecho de que el referido Código contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento (considerandos 10º y 11º).

c) Devido proceso y potestad sancionadora de la Administración

i. Constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración. Es usual encontrar en nuestro ordenamiento jurídico normas que entregan facultades sancionadoras a órganos administrativos. Ello ha dado lugar a hablar de “potestad sancionadora de la Administración”, o como dice el Tribunal Constitucional, “derecho administrativo sancionador”⁴⁰. Bermúdez la define como “el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas”⁴¹. Al respecto, en una orientación antiestatalista y no pacífica, Soto Kloss sostiene que esta potestad es contraria a la Constitución, toda vez que para que exista sanción, debe haber previamente un juicio, y por ende un

⁴⁰ Sentencia Rol N° 480, considerando 3º.

⁴¹ Bermúdez (2010), 178.

juez, un tercero imparcial, lo que evidentemente no existe cuando es la Administración quien sanciona lo que ella misma estima es una infracción⁴².

Sin embargo, en la práctica es habitual no sólo que el legislador o incluso normas administrativas otorguen esta clase de atribuciones a organismos administrativos, sino que además se apliquen. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que “típicamente la actividad sancionadora del Estado –.....– opera a través de una diversidad de normas que cumplen funciones diversas”. Más concretamente, el Tribunal entiende que la potestad sancionadora es fijada en al menos tres clases de normas. En primer lugar, las “que establecen las conductas debidas para los administrados. En el derecho administrativo no se vinculan en una misma norma, como típicamente ocurre en el derecho penal, la descripción de una conducta antijurídica con su correspondiente sanción, sino que se describen deberes u obligaciones de los administrados. En segundo lugar, las “que entregan potestades sancionatorias a la Administración y establecen, de un modo más o menos general, que el incumplimiento a los deberes contenidos en otras normas debe ser sancionado. Y en tercer lugar, “las que establecen las sanciones que han de aplicarse a las conductas que infringen deberes”⁴³. El Tribunal agregó que “el derecho administrativo sancionador establece, típicamente en otros preceptos, los órganos que pueden juzgar las conductas que infringen deberes y los procedimientos a que debe someterse esta actividad sancionadora”⁴⁴.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha partido de la base de que la potestad sancionadora de la Administración no es constitucional.

ii. Potestad sancionadora de la Administración y principio de legalidad. No obstante lo anterior, el Tribunal ha venido sosteniendo de manera regular la idea de que las sanciones administrativas y las penales “pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado *ius puniendo*– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19”⁴⁵. Pero además, el Tribunal ha declarado que la potestad sancionadora de la Administración está sujeta “al principio de legalidad; desde luego, en virtud de los preceptos básicos contenidos en el Capítulo I de la Constitución, particularmente en sus artículos 6º y 7º que establecen la sujeción de toda actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y muy especialmente, en cuanto los dos primeros incisos del artículo 7º de la Constitución, los sujetan a la Carta Fundamental y a la ley, al

⁴² Soto Kloss (2010), 429-435.

⁴³ Sentencia Rol N° 480, considerando 3º.

⁴⁴ Ibíd.

⁴⁵ Navarro (2009), 1132.

disponer que los órganos del Estado sólo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aun a prettexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que la que se le haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Complementa este principio básico de exigencia de legalidad de los actos de la administración el precepto contenido en el numeral 18 del artículo 63, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública y el inciso cuarto del artículo 65 en cuanto reserva al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de las leyes que crean nuevos servicios públicos” (sentencia Rol N° 480, considerando 4º y sentencia Rol N° 479, considerando 6º).

Pero además, el Tribunal entiende que el principio de legalidad en materia penal también resulta aplicable a la potestad sancionadora de la Administración, en virtud de dos razones:

- *Porque la potestad sancionadora de la Administración es parte del ius puniendi del Estado.* El Tribunal ha sostenido que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado” (sentencia Rol N° 244, considerando 9º; sentencia Rol N° 479, considerando 8º). Y más concretamente, ha señalado que de entre aquellos principios resultan especialmente aplicables “los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta” (sentencia Rol N° 244, considerando 10º).

Por todo ello para el Tribunal, “el principio de legalidad es igualmente aplicable a la actividad sancionadora de la administración en virtud de lo prescrito en los dos últimos incisos del numeral 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado ius puniendi– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3º del artículo 19” (sentencia Rol N° 480, considerando 5º). Más aún, para el Tribunal lo anterior no se contrapone al “lenguaje penal” que utiliza el Art. 19 N° 3 de la Constitución, ya que no es obstáculo a lo afirmado el hecho que los incisos finales del numeral tercero empleen un lenguaje penal, pues como ha tenido

oportunidad de establecer este Tribunal, “... sustantiva y procesalmente, el artículo 19 Nº 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales analizados en los considerandos precedentes. Consecuentemente, cabe concluir que dentro de los parámetros de razonabilidad y legitimidad a que se hizo referencia, lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente” (sentencias Roles Nº 437, considerando 16º; 480, considerando 6º, y 479, considerando 9º).

- *Porque la potestad sancionadora de la Administración supone una limitación al derecho a desarrollar actividades económicas.* Al respecto, el Tribunal ha señalado que “la aplicación del principio de legalidad a la actividad sancionadora del Estado viene también exigida por lo dispuesto en el artículo 19 Nº 21, en relación al 19 Nº 26 y al 63 Nº 2 de la Carta Fundamental. Para llegar a esta conclusión basta aceptar la premisa de que las normas que establecen deberes y vinculan sanciones a su incumplimiento, como las descritas en las letras a) y b) del considerando tercero que antecede, limitan el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita. En efecto, todo precepto que establece un deber para quien ejerce el derecho a desarrollar una actividad económica, sujeta ese ejercicio a una regulación, toda vez que el sujeto que desarrolle la actividad no será libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que deberá hacerlo del modo en que ella ha quedado regulada” (sentencia Rol Nº 480, considerando 8º). Pero “las normas que regulen el ejercicio de una actividad económica lícita deben estar contenidos en preceptos de rango legal, según lo dispone expresamente el numeral 21 del artículo 19, al establecer que ‘el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional’, debe hacerse “respectando las normas legales que la regulen” (énfasis añadido). En consecuencia, la Constitución reserva a la ley la regulación de la actividad económica lícita” (sentencia Rol Nº 480, considerando 9º; y en un sentido similar, sentencia Rol Nº 479, considerandos 11º y 13º).

iii. *Potestad sancionadora de la Administración y principio de tipicidad.* Consistente con la argumentación anterior, el Tribunal ha señalado también que respecto de la potestad sancionadora de la Administración el principio de legalidad incluye también el principio de tipicidad. En otros términos, corresponde al legislador determinar de manera expresa la conducta a sancionar por la Administración. Y

así por ejemplo, ha declarado que “las normas que establecen deberes a las empresas de generación o distribución eléctrica, deben estar contenidas en preceptos legales. Igual estatuto ha de aplicarse al resto de las normas que, inseparablemente vinculadas con ellas, establecen que el incumplimiento de tales deberes debe ser sancionado y las que establecen las sanciones. Es el caso de todas y cada una de las normas impugnadas de inconstitucionalidad en esta causa” (sentencia Rol N° 480, considerando 12º).

Pero junto a lo anterior y al igual que lo que el propio Tribunal ha sostenido respecto de la tipicidad penal, “el estatuto jurídico de la actividad sancionadora de la administración admite la colaboración de la potestad reglamentaria” (sentencia Rol N° 480, considerando 12º). Ello porque, “afirmar que una determinada materia está regida por el principio de legalidad no equivale necesariamente a excluir que la potestad reglamentaria de ejecución pueda, dentro de los márgenes constitucionales, normar esa misma materia” (sentencia Rol N° 480, considerando 13º). Dentro de esos márgenes se encuentra la posibilidad de que, vía potestad reglamentaria de ejecución o desarrollo, se complementen las conductas y sanciones fijadas por el legislador en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador (sentencia Rol N° 480, considerando 13º). En tal sentido, el legislador debe fijar las bases esenciales, por lo que “quedá entregada, salvo disposición expresa en contrario del propio Texto Fundamental, a la potestad reglamentaria del Presidente de la República la dictación de los ‘reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes’, reafirman la voluntad de la Constitución de que la ley mantenga el carácter general y abstracto, lo dispuesto en los numerales 4, 16 y 18 del mismo artículo 63” (sentencias Roles N° 480, considerando 13º, y 479, considerando 14º).

En resumen, “el principio de legalidad no excluye la colaboración de la potestad reglamentaria de ejecución, salvo en aquellos casos en que la propia Constitución ha reservado a la ley y sólo a ella disponer en todos sus detalles en una determinada materia, que no es el caso que se examina en estos autos. Lo anterior no dilucida la extensión de la reserva legal; esto es, no determina cuánto de la regulación puede entregar la ley a la potestad reglamentaria, lo que exige, en cada caso, revisar el sentido y alcance con que el constituyente ha establecido la reserva legal en la determinada materia” (sentencia Rol N° 480, considerando 15º).

VII. RESUMEN: CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y DE ARBITRARIEDAD SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite elaborar un listado de criterios de razonabilidad y de irrazonabilidad, que pensamos tienen

especial importancia para evaluar situaciones en que están envueltas actuaciones públicas similares. El listado es el siguiente:

1. La fijación de normas transitorias en una ley no es en sí misma una diferenciación irrazonable.
2. La fijación de altas tasas en determinados impuestos indirectos no es de por sí irrazonable:
 - a) El cambio en el límite máximo de un tributo indirecto no es irrazonable en sí mismo.
 - b) Un impuesto indirecto puede ser desproporcionado o injusto, “si con su imposición o monto se impide del todo o se limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de una actividad económica o impide la adquisición del dominio de los bienes a que afecte el impuesto”.
3. Es razonable que la ley penal no describa de manera acabada y detallada la conducta punible, y que esta labor la encomiende a la potestad reglamentaria.
4. Es razonable que la Administración cuente con una potestad de sanción, siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos:
 - a) Que las facultades sean entregadas a la Administración por el legislador.
 - b) Que las conductas sujetas a posible sanción administrativa sean descritas por el legislador y cumplan con el principio de tipicidad.
5. No es razonable el turno gratuito de los abogados, porque es una medida que sólo se impone a los abogados y no a otros profesionales.
6. No es razonable imponer medidas que entrabien el acceso al derecho a la justicia, como es el caso del principio *solve et repete*.
7. No es razonable la facultad de retener la devolución anual del impuesto a la renta respecto de supuestos deudores del Fisco, sin que previamente haya existido un procedimiento judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY (1943): *El Federalista* (México, Fondo de Cultura Económica).
- ARANCIBIA, Jaime (2010): “The intensity of judicial review in the commercial context: deference and proportionality”, en *Efective judicial review. A cornerstone of good governance*, Forsyth, Christopher; Elliot, Mark; Jhaveri, Swati; Ramsden, Michael, and Scully-Hill, Anne (Editors) (Oxford, Oxford University Press), pp. 287-299.
- BAZÁN, José Luis, y MADRID RAMÍREZ, Raúl (1991): “Racionalidad y razonabilidad en el Derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, Nº 2, Vol. 18, pp. 179-188.

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2010): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Abeledo Perrot).
- CIANCIARDO, Juan (2004): *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustitutivo al moderno juicio de proporcionalidad* (Buenos Aires, Abaco de Rodolfo de Palma).
- D'ORS, Alvaro (1995): *Derecho y sentido común: siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo* (Madrid, Civitas).
- D'ORS, Alvaro (1999): *Nueva introducción al estudio del Derecho* (Madrid, Civitas).
- DE OTTO, Ignacio (1988): “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martín Retortillo, Lorenzo Martín y De Otto, Ignacio: *Derechos fundamentales y Constitución* (Madrid, Civitas).
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986): *Los derechos constitucionales*, 1^a ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel (2001): *Principio constitucional de igualdad ante la ley* (Santiago, LexisNexis).
- FRIEDRICH, C.J. (1964): *La Filosofía del Derecho* (México, Fondo de Cultura Económica).
- HARO, Ricardo (2001): “La razonabilidad y las funciones de control”, en *Ius et Praxis*, Nº 2, VOL. 7, 179-186.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2009): “Criterios señalados por el Tribunal Constitucional en el ámbito de lo contencioso administrativo”, en *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss* (Santiago, LegalPublishing/Abeledo Perrot), pp. 1129 y ss.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*, Tomo I (Santiago, Librotecnia).
- OLLERO TASSARA, Andrés (1996): *¿Tiene razón el Derecho?* (Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados).
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (1992): *El ejemplo constitucional de Inglaterra* (Madrid, Universidad Complutense).
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (1997): *Temas de Derecho Constitucional español. Una visión problemática* (Santiago de Compostela, Follas Novas).
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2006): *Teoría Constitucional*, 2^a ed. (Santiago, LexisNexis).

- SAPAG, Mariano A. (2008): “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, en *Dikaion* 17, pp. 157 y ss.
- SMITH, Steven D. (1998): *The Constitution and the pride of reason* (New York, Oxford University Press).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, 2^a ed. (Santiago, AbeledoPerrot).
- SULLIVAN E., Thomas, y FRASE, Richard S. (2009): *Proportionality principles in American Law* (New York, Oxford University Press).
- VINOGRADOFF, Sir Paul (1967): *Introducción al Derecho* (México, Fondo de Cultura Económica).
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).