

# EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA EN EL TRATO QUE DEBE DAR EL ESTADO Y SUS ORGANISMOS EN MATERIA ECONÓMICA

*Humberto Nogueira Alcalá \**

## 1. FUENTE DEL DERECHO

**ART. 19: LA CONSTITUCIÓN ASEGURA A TODAS LAS  
PERSONAS:**

*Nº 22. El derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica.*

*Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos.*

---

\* Presidente Asociación Chilena de Derecho Constitucional.



## 2. INTRODUCCIÓN

A través de esta norma, constituida como derecho subjetivo y como componente objetivo de nuestro sistema constitucional, se busca hacer operativo el derecho general a la igualdad ante la ley en el ámbito de la Constitución económica, evitando las decisiones arbitrarias del Estado y de sus organismos en relación a los operadores económicos privados.

Dicha norma constitucional es primera vez que se establece en nuestro ordenamiento constitucional, reforzando la aplicación en materia económica del principio general de igualdad ante la ley, pacificando con norma expresa lo que algunos sectores pudieran cuestionar sobre la aplicación del derecho a la igualdad ante la ley al Estado y sus organismos, lo que en la doctrina contemporánea es un punto pacífico, ya que los derechos fundamentales son derechos con efectos *erga omnes*, además de constituir elementos objetivos del orden constitucional teniendo fuerza normativa y aplicación inmediata, formando parte del parámetro de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y de la actuación de cada uno y todos los órganos y autoridades del Estado, de los cuerpos intermedios y de las personas. Asimismo, su incorporación constitucional y su ubicación como derecho fundamental obedece a las desconfianzas históricas del pasado sobre la actuación del Estado en materia económica, generándose normas beneficiosas para sí mismo en perjuicio de los operadores económicos privados.

En la materia antes señalada, la doctrina y la jurisprudencia es pacífica, al respecto podemos explicitar lo sostenido por el Tribunal Constitucional citando diversa doctrina:

*“La norma establecida en el artículo 19 N° 22 “es original de la Constitución de 1980”, pues no la contemplaban Cartas anteriores. “Forma parte de un conjunto de normas sobre economía, cuyo objeto es impedir que el Estado o sus organismos puedan discriminar en materia económica, particularmente en beneficio propio y en perjuicio de los agentes económicos privados” (Cea, José Luis; Derecho Constitucional Chileno; t. II; Ediciones Universidad Católica de Chile; Santiago, 2004, págs. 509-510). Su incorporación buscó varios propósitos. Por de pronto, establecer expresamente la prohibición de discriminar arbitrariamente que tiene el Estado en materia económica, para evitar discusiones sobre si se aplicaba el 19 N° 2 al*

*Estado. Como lo ha señalado esta Magistratura, “tiene por objeto especificar, en materia económica, el principio general de la igualdad ante la ley, consagrado en el N° 2 del mismo artículo 19” (STC rol 28/85). “La ausencia de una doctrina suficientemente desarrollada por la Corte Suprema en la singularización de las igualdades, en particular, la económica, hizo necesario plantear su explicitación” (Fernandois, Arturo; Derecho Constitucional Económico; Ediciones Universidad Católica de Chile; Santiago, 2001, pág. 264). Enseguida, se buscó “reforzar la igualdad, porque también hay desconfianza histórica al papel del Estado y sus favoritismos del pasado” (Fernandois, A.; ob. cit., pág. 264).*

*En palabras de Pablo Barahona, Ministro de Economía en la fecha en que se discutió la preceptiva en el seno de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, lo que se pretendió con la incorporación de esta normativa “es que la autoridad administrativa y la ley, ante situaciones idénticas, no den a uno lo que son incapaces de dar a todos, pero que eso no signifique que no pueda existir una legislación que aplique un tratamiento tributario absolutamente diverso a distintas personas, según la zona geográfica o su condición particular” (Citado en Evans de la Cuadra, Enrique; Los derechos constitucionales; T. III; Editorial Jurídica; Santiago, 1999, pág. 208).”<sup>1</sup>.*

## 3. CONTENIDO DEL DERECHO

El derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo de las personas naturales y jurídicas en el ámbito económico o empresarial a no ser objeto de un trato basado en diferencias arbitrarias, sin que tengan un fundamento racional, todo ello sin perjuicio de su carácter de norma objetiva de nuestro orden constitucional. La diferencia arbitraria sería la diferenciación entre diversos grupos de personas naturales

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1295-2008. INA, de 6 de octubre de 2009, considerando 87°.

o jurídicas en el ámbito económico sin que exista un fundamento racional para justificar la diferencia de tratamiento.

El Tribunal Constitucional, desde temprano, en su sentencia Rol N° 28, expresó el sentido y alcance de esta norma constitucional y derecho fundamental, señalando:

*“Las finalidades que se tuvieron a la vista al incorporar este precepto a la nueva Constitución fueron fundamentalmente dos: 1) establecer que aun cuando no se trate de una discriminación arbitraria se requerirá de una ley para otorgar un beneficio directo o indirecto a un sector, actividad o zona geográfica determinada o para establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras, y 2) consagrar expresamente, y en forma particular, el principio de igualdad ante la ley en materias económicas, en atención a que dicho principio no habría sido valorado suficientemente por los tribunales de justicia en lo relativo a evitar discriminaciones injustas”<sup>2</sup>.*

En tal sentido, el artículo 19 N° 22 constituye una especificación del derecho a la igualdad ante la ley contenido en nuestro artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, como una particularidad demandada por la naturaleza del derecho económico<sup>3</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional utiliza la expresión *discriminación arbitraria* señalando que ella es:

*“toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. (Evans de la Cuadra. Los Derechos constitucionales, Tomo II, p. 125)”<sup>4</sup>.*

El mismo Tribunal Constitucional precisa que:

*“[...] no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación*

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°28, de 8 de abril de 1985, considerando 5°.

<sup>3</sup> Valdés Prieto, Domingo. *La discriminación arbitraria en el derecho económico*. Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, 1992, 48.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 986-2007, de fecha 30 de enero de 2008, considerando 31°.

*no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”<sup>5</sup>.*

En el plano de su aplicación, exige un *trato* igualitario a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador estatal pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas jurídicas dictadas en conformidad con la Carta Fundamental.

El vocablo *trato* que utiliza el texto constitucional debe ser interpretado como el manejo que el Estado y sus organismos realizan en materia económica. *El trato* debemos entenderlo como el modo de relacionarse por parte del Estado o sus organismos y en el tratamiento que este le da a distintos operadores económicos para conocer, resolver o regular un asunto o materia determinada.

*La discriminación* arbitraria es la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado.

El *principio de no discriminación arbitraria* puede formularse de la siguiente forma: *a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna unidad económica o empresa pública o privada puede ser preferida a otra.*

El legislador debe tratar igual a las personas que se encuentran en situaciones e hipótesis jurídicas iguales y debe tratar diferencialmente a quienes se encuentran en situaciones o hipótesis jurídicas diferentes. Así lo ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional en diversas sentencias con cita a Linares Quintana<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 986-2007, de fecha 30 de enero de 2008, considerando 32°.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 790-07, de once de diciembre de dos mil siete, considerando vigésimo primero, p. 32, donde se citan sentencias anteriores, roles 28, 53 y 219 del mismo Tribunal Constitucional. Asimismo, ver sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 2008, “Sergio Tolosa Rodríguez con Juez de Familia de Osorno”, Rol N° 755-2007, considerando vigésimo séptimo.

Así surge el principio o regla en materia de no discriminación arbitraria de que *las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, siendo inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como asimismo es inconstitucional tratar diferentemente a quienes se encuentran en una misma hipótesis jurídica en el ámbito económico.*

El Tribunal Constitucional, en sentencia de enero de 2010, recordará:

*“Trigesimocuarto. Que, como lo ha precisado esta Magistratura, “la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario” (Rol N° 986/2008).”<sup>7</sup>.*

En la misma sentencia señalada el Tribunal Constitucional dispone que:

*“Trigesimoquinto. Que, por otro lado, como también lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;”<sup>8</sup>.*

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1298-2009 INA, de tres de marzo de dos mil diez, considerando 72°.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1535-09 INA, de veintiocho de enero de dos mil diez, considerando 35°.

Para establecer diferencias que tengan un carácter objetivo y razonable, estas deben estar basadas en un hecho diferenciador relevante que justifique la diferencia de trato legal o administrativo. Como señala el Tribunal Constitucional, lo que prohíbe la Constitución es *“(...) el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que lo justifique (...)”<sup>9</sup>.*

Sin embargo, hay casos difíciles, en los cuales hay un mandato de trato igualitario a destinatarios cuyas situaciones presentan similitudes y diferencias, lo que lleve al trato igual a pesar de la diferencia, que se basa en el principio de prohibición de discriminación. Asimismo, también hay un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran en posiciones en parte similar y en parte diferente o diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes, lo que lleva al trato diferenciado a pesar de las similitudes; aquí nos encontramos con el deber de promoción del bien común (artículo 1° inciso 4° de la Constitución chilena) y de igualación de oportunidades o protección de los desfavorecidos como deber estatal (inciso final del artículo 1° de la Constitución chilena). Siendo estos los casos que generan problemas interpretativos, no los casos fáciles.

Los casos son difíciles porque la prohibición de discriminación y el deber de promoción de establecer una efectiva igualdad de oportunidades son conceptos jurídicamente indeterminados o vagos, ya que no existe claridad cuando un trato diferenciado de varios grupos se encuentra permitido, prohibido o es obligatorio desde una perspectiva constitucional, ni cómo deben ser reparadas las violaciones al principio de igualdad<sup>10</sup>. Corresponde al Tribunal Constitucional determinar dicho contenido, enjuiciando la constitucionalidad de leyes, normas y actos administrativos. Dicha determinación se realiza mediante la fundamentación y concreción de una norma adscrita<sup>11</sup>, que también pueden denominarse subreglas constitucionales. Ello no implica que el Tribunal Constitucional pueda generar discrecionalmente normas adscritas o subreglas

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1298-2009 INA, de tres de marzo de dos mil diez, considerando 72°.

<sup>10</sup> Sobre la materia ver, González Beilfuss, M. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.

<sup>11</sup> Sobre la materia ver: Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad*. Op. cit. I, III, 2.2.

constitucionales, ya que ellas solamente serán legítimas cuando resulten de una fundamentación correcta, basada en el texto de la Constitución y sus principios.

La no discriminación arbitraria que tiene como fuente general la igualdad ante la ley, constituyendo sólo una especificación de ella en el ámbito económico y empresarial, tiene un *carácter relativo y proporcional*. En efecto, cuando se establece una diferenciación basada en grupos de entidades económicas o una diferenciación referida a circunstancias económicas que se traduce en tratamiento desigual de quienes se encuentran en dicha situación, se debe desarrollar un análisis atendiendo, además, al *principio de proporcionalidad*, ya que ese trato desigual puede comprometer otros derechos fundamentales o bienes constitucionales protegidos.

Como ya lo hemos señalado a propósito de la igualdad ante la ley en el tomo II de esta obra, el *principio de proporcionalidad* no se encuentra previsto de una manera expresa en el texto constitucional chileno; este se deduce, está implícito en las reglas del Estado de Derecho, siendo un principio inherente a este<sup>12</sup>. Asimismo, el principio de proporcionalidad emerge, además de los principios elementales del Estado de Derecho existentes en nuestro ordenamiento jurídico, del artículo 19 N° 26 de la Constitución chilena en cuanto garantía frente al legislador que puede afectar el contenido esencial de los derechos, formando parte de la dogmática de los derechos fundamentales, en que el Estado y sus órganos se encuentran vinculados por los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad en términos generales es conceptualizado como prohibición constitucional de medidas excesivas, el cual se descompone en tres subprincipios:

a) *Subprincipio de adecuación*. Este subprincipio exige que el legislador utilice medios idóneos que tiendan al objetivo legítimo y constitucional propuesto por la legislación, siendo coherente el medio con el fin. La idoneidad es la relación de causalidad de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. En el caso del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el escrutinio consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado establecido en el precepto legal por el

<sup>12</sup> Barnes, J. "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario", en *Revista de Administración Pública* N° 5, España, 1994, p. 509.

legislador conduce a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. En caso que no sea idóneo para lograrlo, el medio legislativo empleado será inconstitucional.

- b) *Subprincipio de necesidad*. Este subprincipio exige al legislador utilizar aquel medio legislativo de entre los posibles que siendo necesario para el logro de la finalidad perseguida, afecte menos los derechos e intereses de las personas, lo que exige al legislador aplicar aquella medida legislativa más moderada que logre el propósito buscado teniendo la eficacia necesaria. La regla es la utilización del medio legislativo alternativo menos restrictivo de los derechos e igualmente eficaz para alcanzar el objetivo propuesto. Se trata de un escrutinio de una relación medio-medio, de una comparación entre medios. Se parte de la comparación entre medios idóneos, aquel que ha escogido el legislador y otros medios alternativos idóneos. El análisis sobre los medios alternativos se realiza en relación al objetivo del trato diferenciado. Si del análisis resulta que hay al menos un medio idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación, o que, interviniendo en ella, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, la ley será inconstitucional por infracción del principio de igualdad.
- c) *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación*. Este subprincipio exige al legislador ponderar en forma adecuada la intensidad del daño o lesión que la medida legislativa causa a los derechos e intereses de las personas, y el beneficio que la medida significa en relación al bien común. En el caso que nos interesa, el análisis del trato diferenciado, consiste en la comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y el grado de intervención en la igualdad, lo que debe realizarse de acuerdo a una ponderación, la cual implica que cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la satisfacción de otro. La ponderación en el caso de la igualdad supone la colisión entre el derecho igualdad y el fin constitucional del trato diferenciado. Así, cuanto mayor sea la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor debe ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, la medida legislativa de intervención en la igualdad será constitucional; por el contrario, en el supuesto que la intensidad de la afectación de la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional. El



legislador debe evitar los medios legislativos que generen afectación de derechos e intereses desmedidos o excesivamente gravosos.

Los tres subprincipios deben aplicarse sucesivamente; primero, el subprincipio de adecuación: si la medida no es idónea o adecuada, la medida será inconstitucional y allí terminará el escrutinio; sólo si la medida es idónea, se pasa al escrutinio del subprincipio de necesidad; si la medida supera este escrutinio, pasará a ser analizada finalmente, bajo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Asimismo, es necesario precisar, como señala Villacorta, que en el ámbito del análisis de proporcionalidad, como mandato derivado del principio de igualdad, se distingue en un punto importante del análisis de la proporcionalidad llevado a cabo respecto a los derechos fundamentales de libertad, ya que el control de proporcionalidad debe adaptarse al principio de igualdad, ya que el asunto no es determinar la intromisión en el derecho fundamental, sino la proporcionalidad del tratamiento desigual, la proporcionalidad de la carga relacionada con la desigualdad de trato, lo que exige establecer al legislador motivos objetivos de diferenciación de naturaleza tal que justifique la desigualdad de trato<sup>13</sup>.

Esta perspectiva lleva a considerar que el principio de proporcionalidad solo se aplica a los tratamientos legislativos que persiguen fines externos donde el tratamiento desigual y la obtención del fin externo implica una relación de fines y medios auténtica, en la medida que “la igualdad de tratamiento en sentido normativo y la persecución de fines externos es susceptible de ser considerada como una relación de bienes jurídicos que colisionan”<sup>14</sup>.

En tal perspectiva, puede sostenerse que mientras sea mayor o más intensa la injerencia en el derecho fundamental y más seguras sean las premisas relevantes, debe ser más estricto el escrutinio en base al principio de proporcionalidad. Como señala Papier, “el principio de proporcionalidad exige para la intervención legislativa en las libertades económicas la existencia de un motivo constitucio-

nalmente legítimo, la idoneidad de los instrumentos de intervención elegidos, su absoluta necesidad en el sentido de la elección del medio menos gravoso, así como un equilibrio entre la trascendencia de la intervención y la utilidad obtenida, y, por consiguiente, una cierta proporcionalidad de medios a fines”<sup>15</sup>.

El principio de proporcionalidad es utilizado por la generalidad de las jurisdicciones constitucionales como parte del parámetro de control de la igualdad ante la ley, cuyo desarrollo inicial se realiza por la Corte Constitucional alemana y luego se expande en las jurisdicciones constitucionales europeas y latinoamericanas. Nuestro Tribunal Constitucional ya lo ha aplicado para resolver diversas materias.

El Tribunal constitucional chileno desde sus primeros fallos ha utilizado el principio de razonabilidad en materia de interpretación y aplicación de la Constitución.

El principio de razonabilidad constituye una orientación ineludible pero plástica como presupuesto epistemológico; ello le da sentido al ordenamiento, sin anular el sentido crítico que se impone como principio de toda interpretación.

El vocablo razonable deriva del latín *rationabilis*, que implica justo, conforme a la razón. Lalande en su diccionario técnico y crítico de la filosofía señala que *raisonnable* significa que posee razón, que obra de manera que evidencia un juicio sano y normal.

Geny se refiere a la razonabilidad como una fórmula elástica, un criterio no fijo ni rígido o estructurado, sino adaptable a varias situaciones y extensible en diversas direcciones.

Freund señala que, en la esfera de lo judicial, razonabilidad (*reassonableness*) es moderación y proporcionalidad de medios a fines.

Atienza afirma que la razonabilidad sería un concepto subsidiario de la “estricta racionalidad” de los procedimientos y razonamientos que conducen a las decisiones jurisdiccionales. Para el autor, sólo cuando mediante los criterios de estricta racionalidad no pueda adoptarse una decisión, entonces debe adoptarse una decisión razonable<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Villacorta Mancebo, Luis. “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites”, en *Revista de Estudios Políticos* N° 130, octubre-diciembre 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 72.

<sup>14</sup> Villacorta Mancebo, Luis. “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites”, en *Revista de Estudios Políticos* N° 130, octubre-diciembre 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 73.

<sup>15</sup> Papier, Juan Jorge. “Ley Fundamental y orden económico”, en Benda, Maihoffer, Vogel y otros, *Manual de Derecho Constitucional*. Ed. IVAP – Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 597.

<sup>16</sup> Atienza, M. 1989. “Sobre lo razonable en el derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 7, páginas 93 y siguientes. Asimismo, 1987. “Para una razonable

Una decisión es razonable cuando cumple con dos condiciones: 1. Cuando presenta un equilibrio entre las exigencias contrapuestas que deben considerarse en el caso en análisis, y 2. Si ella es admisible para la comunidad, entendida como auditorio ideal.

Valenzuela Somarriva, quien fuere Ministro del Tribunal Constitucional chileno, ha señalado que el principio de razonabilidad "se estructura sobre una base objetiva constituida por pautas fundadas en conceptos y valores básicos, expresados en forma explícita o subyacentes en el ordenamiento constitucional, teniendo primordial relevancia entre ellos el de Justicia y el Bien Común", agregando que "su aplicación nunca debe traducirse en una simple apreciación subjetiva del intérprete, pues, por esencia, es contrario al mero arbitrio o discernimiento de quien lo invoca. Lo anterior se traduce en la necesidad de una debida argumentación como base explicativa de la razonabilidad"<sup>17</sup>.

En la sentencia del Tribunal Constitucional de 2002 sobre el traspaso del Liceo Experimental Manuel de Salas desde la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación a la Universidad de Chile, se precisa:

*"Que, por otra parte, no puede dejar de manifestarse que no resulta razonable ni prudente que una ley que se limita tan solo a traspasar la dependencia de un establecimiento de enseñanza de una universidad estatal a otra, tenga el carácter de orgánica constitucional. Como ha tenido ocasión de señalarlo este tribunal, resulta evidente que, de acuerdo con el sentido con que dichas leyes fueron incorporadas a la Constitución política y con las características que les son propias, ellas deben contemplar la organización básica, el contenido sustancial de las instituciones que están llamadas a regir, tratándose, como ocurre en la especie, de la conformación de la Administración Pública, atendiendo el claro tenor del artículo 38 inciso primero de la Carta Fundamental.*

*"Ha de concluirse, por lo tanto, que sólo le corresponde al legislador orgánico determinar la estructura esencial de las*

definición de "razonable", en Doxa N° 4, pp. 193 y ss.

<sup>17</sup> Valenzuela Somarriva, Eugenio. 2005. *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Primera parte, Principios generales*. Santiago de Chile, Ed. Tribunal Constitucional de Chile.

*instituciones que constituyen la administración del Estado para que estas alcancen un armónico y adecuado funcionamiento, lo que no se aviene con el contenido del proyecto objeto del presente requerimiento"*<sup>18</sup>.

El Tribunal Constitucional chileno aplica también como elemento de interpretación lo que denomina "razonabilidad técnica", la que se conceptualiza como "aquel método que requiere de una justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos"<sup>19</sup>.

El Tribunal Constitucional chileno sólo a partir de la segunda mitad de la década pasada ha comenzado a utilizar el principio de proporcionalidad, vacilante en sus comienzos, con mayor convencimiento en los últimos años de la primera década del siglo XXI, con cita en algunas oportunidades de doctrina española y jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y del español.

Así, a manera ejemplar podemos citar la siguiente sentencia de nuestro Tribunal Constitucional:

*Trigesimoquinto. Que, por otro lado, como también lo ha señalado esta Magistratura en diversos pronunciamientos (roles 755 y 790, entre otros), el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador;"*<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 352, de 15 de julio de 2002, considerando 35°.

<sup>19</sup> Valenzuela Somarriva, Eugenio. 2005. *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*. Santiago, Ed. Tribunal Constitucional de Chile, p. 56.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1535-09 INA, de 28 de enero de 2010, considerando 35°.



El Tribunal Constitucional no ha explicitado claramente dónde se encuentra la base normativa para la aplicación del principio de proporcionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. En nuestra opinión el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho.

El Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 541-2006, explicita que si bien no le está permitido calificar el mérito de las normas legislativas, al realizar el control de constitucionalidad de la razonabilidad de la norma legislativa, debe aplicar el principio de proporcionalidad:

*“Decimoquinto. Que, si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación.*

*La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común.”<sup>21</sup>.*

A su vez, el Tribunal Constitucional defiende el uso del principio de proporcionalidad como un elemento objetivo de control de constitucionalidad:

*“Como ha señalado este Tribunal, dicho control no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron. El control*

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 541, de 26 de diciembre de 2006, considerando 15°.

*consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados; en determinar si son suficientes y si son coherentes con la regulación que se estableció; y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular” (STC rol 1295,06/10/09);<sup>22</sup>.*

El Tribunal Constitucional chileno asume el principio de proporcionalidad como parámetro de control en materia de igualdad ante la ley, en diversos casos.

En un caso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 790-07, referente a la aplicación de una ley de reajuste de pensiones, determina que:

*“es necesario atender a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma”<sup>23</sup>.*

A su vez, el fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 986-2007, de enero de 2008, vuelve sobre la materia, explicitando que la actividad legislativa no puede producir diferencias arbitrarias, ya que ello vulnera derechos fundamentales, precisando que:

*“[...] un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario es si tiene o no fundamentación de algún tipo, resultando arbitrario aquello que carece de fundamento. Ya superada dicha barrera, corresponde calificar la legitimidad de la causa de la diferencia de trato y la legitimidad de la finalidad perseguida; para posteriormente llegar a la coherencia de ellas con los medios utilizados, y finalmente arribar al resultado buscado por el legislador”<sup>24</sup>.*

El Tribunal Constitucional chileno ha aplicado el principio de proporcionalidad, en materia de igualdad ante la ley, utilizando la cita de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, consi-

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1298-2009-INA, de 3 de marzo de 2010, considerando 73°.

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 790-07, de 11 de diciembre de 2007, considerando 21°.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 986-2007, de 30 de enero de 2008, caso Aaron Vásquez, considerando 31°.





derando inaplicable por inconstitucional la disposición del Código Orgánico de Tribunales que establece la obligatoriedad de una prestación profesional gratuita como carga pública de los abogados, a través de la institución de los abogados de turno, la que más tarde expulsará del ordenamiento jurídico chileno:

*“Trigésimo noveno: Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42);*

*Cuadragésimo: Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”. (Sentencias 76/1990 y 253/2004). En otras palabras, como también lo ha señalado esta Magistratura (Rol N° 790), la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;”<sup>25</sup>*

También ha determinado en sentencia Rol N° 1234-08-INA, respecto del derecho a la igualdad ante la ley, que .

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 755-2007, de 31 de marzo de 2008, considerando 39° a 41°.

*“(…) para poder determinar si se infringe o no la igualdad ante la ley, debe atenderse a la finalidad del legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trate, finalidad que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma. En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados (roles N°s 755 y 790);”<sup>26</sup>.*

El Tribunal Constitucional refuerza la misma argumentación en fallo de enero de 2010:

*“(…) la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados;”<sup>27</sup>.*

El Tribunal Constitucional, en sentencia Rol 1361-09, examinando requerimiento contra la Ley General de Educación (LEGE), rechaza tal requerimiento aplicando el principio de proporcionalidad:

*Trigésimo octavo: Que, en efecto, la norma impugnada no consiste en una medida de discriminación sin fundamento, como pretenden los requirentes, pues posee una justificación legítima y corresponde a un medio adecuado y proporcional. La norma en cuestión tiene por justificación mejorar la calidad y la equidad de la educación escolar, ya que persigue una especialización de los docentes de la enseñanza básica y media. Asimismo, la norma persigue replicar las mejores prácticas de nuestro sistema educativo. Y, por último, el*

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1260-08 INA, de 7 de julio de 2009, considerando 13°.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° N° 1535-09 INA, de 28 de enero de 2010, considerando 37°.

*precepto se basa en estudios y experiencias que lo apoyan y demuestran la necesidad de poseer tramos más cortos tanto por las características propias de los alumnos, como por las necesidades de mejoramiento de la formación docente;*"<sup>28</sup>.

El Tribunal Constitucional utiliza el principio de proporcionalidad para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de medidas legislativas restrictivas de los derechos fundamentales, aun cuando reconoce el amplio margen de libertad del legislador en la configuración del orden jurídico en un régimen constitucional democrático.

En la misma perspectiva el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 1182-08-INA, ha explicitado que:

*"si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes". (Ver al respecto roles N° 541, 1046 y 1061, entre otros);"*<sup>29</sup>.

El Tribunal Constitucional, en sentencia Rol N° 1260-08 INA, explicita que la actuación legislativa debe encuadrarse dentro del marco del principio de proporcionalidad, el cual será controlado por la magistratura constitucional:

**Trigésimo cuarto.** *Que los límites al derecho consagrado en la Constitución deben, como ha señalado reiteradamente este Tribunal, pasar un examen de proporcionalidad, esto es, perseguir fines lícitos, constituir la limitación un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho proporcional al beneficio que se obtiene*

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de 13 de mayo de 2009, considerando 38°.

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1182-08-INA, de 18 de noviembre de 2008, considerando 21°.

*en el logro del fin lícito que se persigue. En ese sentido esta Magistratura ha sostenido que "si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean –las mismas restricciones– proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes". (Ver al respecto roles N° 541, 1046 y 1061, entre otros)."*<sup>30</sup>.

En recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se cuestiona ante el Tribunal Constitucional, Rol N° 541-2006, la disposición contemplada en el artículo 42, inciso primero, del DFL N° 164, de 1991, Ley de Concesiones, en cuanto dispone que el Juez de Policía Local, al ordenar el pago del peaje, deberá imponer al condenado una indemnización compensatoria a favor del concesionario, de un valor equivalente a 40 veces el pago incumplido, más el reajuste entre la fecha del incumplimiento y la del pago efectivo; o bien, el valor equivalente a 2 unidades tributarias mensuales, estando obligado a imponer la de mayor valor.

La citada disposición, según el requirente, aparece en pugna con las normas constitucionales relativas a la propiedad –artículo 19 N°s. 24 y 26–, en lo que se refiere a la indemnización compensatoria, que se fija en un valor único –cuyo monto resultante puede importar una expropiación de facto–, sin que se considere la real existencia de perjuicios.

Se trata de una indemnización que no se ajusta a los cánones establecidos en la legislación que configura el estatuto de la propiedad, pudiendo llegar a constituir un enriquecimiento injusto, desde que no responde a la existencia de un daño, especialmente si se tiene presente que previamente se ha ordenado el pago de la tarifa adeudada, con intereses y reajustes.

El Tribunal Constitucional constata que dicha norma fue objeto de control preventivo de constitucionalidad, sin que, en dicho momento, en control abstracto se percibiera una situación de in-

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1260-08 INA, de 7 de mayo de 2009.



constitucionalidad, lo que sin perjuicio de su mérito intrínseco y de los efectos generales que provoca en el ordenamiento jurídico, la declaración sobre conformidad constitucional expedida en el control previo no produce cosa juzgada en este proceso, porque tiene un objeto distinto y los institutos en juego —compulsión obligatoria de constitucionalidad e inaplicabilidad en gestión ante un tribunal ordinario o especial— responden a finalidades disímiles.<sup>31</sup> El Tribunal Constitucional determina que en este caso no hay expropiación ni confiscación, sino una “sanción civil derivada del precepto en examen no constituye la pena de confiscación de bienes y, cuando más, incide en el cumplimiento de una obligación establecida por la ley, que deriva de la función social de la propiedad, referida a su utilidad pública”<sup>32</sup>.

**“Decimosexto.** *Que el fin lícito de la limitación establecida en el precepto observado, consiste en asegurar el adecuado funcionamiento del sistema concesionado de infraestructura. Así se desprende del mensaje de la Ley N° 19.460, en cuanto consigna que “muchas de estas tarifas y peajes a usuarios pueden carecer de un valor unitario que justifique su cobro judicial, pero si llegase a masificarse la práctica del no pago de las tarifas todo el sistema de concesiones, con su importante aporte a la solución del déficit de la infraestructura, se pondría en serias dificultades”.*

*El alto valor de la multa en relación a la magnitud del incumplimiento —sustento real de la crítica a la norma— no constituye el parámetro de proporcionalidad en el caso, por cuanto, como se ha dicho, el mismo se determina con la adecuación del límite a la finalidad lícita perseguida. La multa representa un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan en riesgo el régimen de concesiones, afectando el interés colectivo que su eficaz desenvolvimiento procura. De lo razonado aparece, pues, que los derechos constitucionales pertinentes no han sido impedidos en su ejercicio ni entrabados en grado intolerable.*

**Decimoséptimo.** *Que, sin perjuicio de lo que precedentemente se expone, es pertinente recordar que el examen que debe practicarse, en esta sede, versa sobre los efectos o resultados —contrarios o no a la Constitución— que el precepto legal produce en la gestión judicial pertinente.*

*Para descartar una vulneración del principio de proporcionalidad en el caso de que se trata, esta Magistratura no puede desatender la circunstan-*

*cia de que la sanción se impone por infracciones reiteradas de obligaciones legales y que, asimismo, no se han establecido elementos de los que surja necesariamente una relación desequilibrada, en el contexto del sistema de concesiones, entre los valores recaudados por la concesionaria a título de multas y lo que deja de percibir por concepto de no pago de tarifa”<sup>33</sup>.*

Por otra parte, el derecho subjetivo garantiza a los sujetos privados, por el artículo 19 N° 22 de la Constitución, la prohibición de discriminación arbitraria, la que se constituye en un deber y obligación del Estado y sus organismos; excluyendo a los particulares como sujetos activos de esta norma constitucional. Como ya lo hemos explicitado en relación al capítulo anterior, la expresión Estado y sus organismos comprende todos los órganos del Estado (Gobierno, Congreso Nacional, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, los órganos autónomos, Banco Central, Contraloría General de la República, entre otros, los órganos de la administración centralizada y descentralizada del Estado, los gobiernos regionales, municipalidades).

La disposición constitucional determina que la discriminación arbitraria prohibida es en “*materia económica*”, vale decir, en las decisiones, medidas o normas adoptadas por el Estado o sus organismos que afecten el mercado de productos, de bienes o de servicios.

#### 4. LAS EXCEPCIONES AL INCISO 1° DEL ARTÍCULO 19 N° 21, PREVISTAS EN EL INCISO 2°.

El inciso segundo de la disposición constitucional analizada posibilita excepcionalmente la discriminación, cuando ella tenga como fundamento el establecimiento de la igualdad de oportunidades para participar en la vida económica nacional, de acuerdo al artículo 1° inciso final de la Carta Fundamental. Como explicita el Tribunal Constitucional, “*No prohíbe, por tanto, la discriminación; en algunos casos la considera necesaria para asegurar la participación “con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (artículo 1°, inciso final, de la Constitución) que pueden demandar ciertas personas o grupos de personas. Pero la sujeta a ciertas condiciones*”<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 5-41, de 26 de diciembre de 2006, considerando 2°.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 5-41, de 26 de diciembre de 2006, considerando 13°.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 541, de 26 de diciembre de 2006, considerandos 16° y 17°.

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1295-2008-INA, de seis de octubre de 2009, considerando 86°.

En casos excepcionales frente a la regla general analizada, el Estado o sus órganos, en virtud de razones de política económica o de fomento de actividades, pueden llevarlo a establecer algunos tratos especiales de incentivo a favor (beneficios directos o indirectos) o de algunos obstáculos (gravámenes) en perjuicio de alguna área o sector de la economía. Es necesario señalar que la Carta Fundamental no regula requisitos especiales para hacer efectiva esta competencia, salvo la de que ella debe estar prevista en una ley, la que es una ley simple, que no requiere de quórum calificado. En todo caso, dichas medidas y normas deben tener un fundamento razonable y no ser una discriminación arbitraria.

Tales beneficios o gravámenes buscan que el Estado, sin utilizar la potestad coactiva, pueda proteger, promover, estimular y orientar la actividad económica para que se entreguen o produzcan ciertos bienes o servicios que se consideran necesarios para la sociedad<sup>35</sup>.

La Constitución tiene un especial cuidado en la regulación de los beneficios indirectos y franquicias, ya que en ellos los efectos que producen no quedan de manifiesto en forma inmediata, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los subsidios. Por ello, se estableció la parte final del inciso 2° del artículo 19 N° 22, que determina que “en el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos”.

Es necesario precisar que la disposición constitucional regula tanto los beneficios como los gravámenes, los cuales pueden afectar a un sector, actividad o zona geográfica.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de los beneficios y gravámenes que pueden emanar de la aplicación de este inciso 2° del artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental.

Así el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“los ‘beneficios’ son ayudas, en dinero o de otra forma, que el Estado entrega a uno o más particulares, con o sin obligación de reembolso. Estas ayudas pueden ser honoríficas (como, por ejemplo, los premios nacionales), jurídicas (por ejemplo, dispensas en el cumplimiento de ciertas normas) o económicas.*

<sup>35</sup> Ariño, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Editorial Comares; Granada, 1999, pp. 289-290.

*Los beneficios económicos pueden ser “directos o indirectos”. En los directos se transfieren recursos al beneficiario para financiar una actividad que se estima de interés público. Así sucede, por ejemplo, cuando el Estado entrega una subvención, es decir, una transferencia en dinero, sin obligación de reembolso, para obtener el desarrollo de una actividad económica (por ejemplo, el financiamiento de una película), o un subsidio, esto es, una transferencia en dinero sin obligación de reembolso, para ayudar a personas o grupos de escasos recursos (por ejemplo, una beca de estudios). También cabe aquí el crédito público, en que hay una transferencia de recursos, pero con obligación de reembolso, y en condiciones más favorables que las que puedan existir en el mercado (por ejemplo, el crédito fiscal). Al otorgar estos beneficios, el legislador puede perfectamente establecer condiciones o requisitos para su obtención o para su mantención, para lograr la finalidad pública que se busca obtener con la transferencia. Estas transferencias no son un regalo, sino una donación modal o condicionada al cumplimiento de determinados fines para recibirlos y al logro de ciertos resultados que se estiman valiosos. Ello implica, en ciertos casos, restricciones de derechos.*

*En los beneficios indirectos o franquicias, por su parte, el Estado deja de cobrar cierta cantidad de dinero; “se priva de ingresos posibles” (Fernandois, A.; ob. cit., pág. 289); el “beneficio consiste en que el favorecido con ella goza de una exención tributaria o arancelaria, de modo que no paga los derechos que el Estado cobra” (Cea, J. L.; ob. cit., pág. 513). Estos beneficios indirectos deben ser ponderados en la Ley de Presupuestos; es decir, su costo debe incluirse en dicha ley. Con ello se buscó, por una parte, que la comunidad conozca de ellos; y, por la otra, favorecer su discusión legislativa y su evaluación periódica (Fernandois, A; ob. cit., pág. 288);”<sup>36</sup>.*

A su vez, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que:

*“los ‘gravámenes especiales’, por su parte, son cualquier medida desfavorable impuesta por el legislador, directamente o autorizando a la Administración a hacerlo, que deba soportar*

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1295-2008-INA, de seis de octubre de 2009, considerando 90°.

*todo particular que se desenvuelve en un sector económico determinado, a favor del Estado o de otro particular, sin que conlleve una indemnización. Comprende cualquier limitación al dominio, y no se limita sólo a las cargas públicas reales o a los tributos. Así, puede consistir en un arancel compensatorio, pero también en controles preventivos de la administración, en prohibiciones, etc. Lo importante es que dicha medida sea una obligación que deban soportar todos los sujetos que operan en un determinado sector, actividad o territorio, siendo por tanto general, aunque no implique transferencia de recursos; que esa medida se establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación, y que esa obligación sea especial. Con este último calificativo se resalta, de un lado, la necesidad de que se configure con detalle por el legislador, es decir, que no sea una medida genérica; y, del otro, que tenga cierto grado de singularidad;*"<sup>37</sup>.

El precepto constitucional analizado exige para el establecimiento de un determinado beneficio o gravamen, lo siguientes requisitos copulativos:

- que sea establecido "sólo en virtud de una ley", reafirmando el principio de legalidad;
- que la ley no realice distingos que impliquen un tratamiento diferenciado no suficientemente justificado, vale decir, que no discrimine en forma arbitraria; el juicio de mérito corresponde realizarlo al legislador, apoyado en razones sólidas que justifiquen su decisión;
- que el beneficio o gravamen se establezca para algún sector, actividad o zona geográfica, con lo cual se delimita el efecto de la medida adoptada, ya que esta no se proyecta a todos, sino a grupos o ámbitos específicos que deben establecerse expresamente en la ley.

La Constitución fija así algunos criterios básicos que el legislador y la Administración deben respetar y asegurar a las personas, por lo que toda norma o medida adoptada fuera de dichos parámetros será inconstitucional.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1295-2008-INA, de seis de octubre de 2009, considerando 91°.

Con el vocablo "sector" se alude a una unidad diferenciada de la actividad productiva, que permite ser identificada y distinguida de otros sectores, como son, por ejemplo, el sector minero, el sector agrícola, el sector forestal, el sector pesquero, entre otros. A su vez, el vocablo "actividad" se refiere al desarrollo de una actividad económica específica dentro de un sector económico, como son por ejemplo los pescadores artesanales, los productores vitivinícolas; los productores frutícolas, los productores de remolacha o de trigo, los productores de leche, las entidades aseguradoras, las instituciones de salud provisional, las mutuales, las cooperativas de vivienda, las universidades, los consumidores de determinados productos o servicios, etc. Por último, con el vocablo "zona geográfica" se hace referencia a la actividad económica que se desarrolla en un ámbito territorial específico del Estado chileno, el cual no corresponde necesariamente con alguna de las divisiones políticas o administrativas que determina la Carta Fundamental, así se ha dictado legislación que busca por razones de seguridad nacional atraer actividad económica a zonas limítrofes o fronterizas extremas, como ocurrió con la Ley 18.392, de 14 de enero de 1985, estableciendo franquicias para las actividades económicas desarrolladas por empresas exclusivamente en la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, las cuales establecerían exenciones de impuestos, además de que la importación de mercaderías no estaba afecta a ciertas tasas, impuestos o derechos; algo similar se da en el caso de la Ley N° 19.420 de 23 de octubre de 1995, para la provincia de Arica y Parinacota.

Es necesario precisar que todos los sujetos beneficiados por la medida legal adoptada deben ser tratados de igual manera. Por tanto, ya sea el gravamen o el beneficio debe abarcar a toda la categoría de personas o de bienes que la ley determina. En todo caso, estos beneficios o gravámenes pueden establecerse separadamente o conjuntamente para sectores, actividades y o zonas geográficas, ya que no existe ningún impedimento constitucional para ello, si se encuentran justificados razonablemente.

Por último cabe señalar que el beneficio o gravamen debe estar claramente especificado, identificándolo y distinguiéndolo de otros, fijando claramente la ventaja o el gravamen determinado, acotándolo suficientemente para impedir que hayan dudas sobre el mismo y su configuración legal.

En esta materia, el Tribunal Constitucional debió pronunciarse especialmente sobre el inciso 2° del artículo 19 N° 22, en el requerimiento formulado sobre el tratado de integración minera



celebrado entre las Repúblicas de Chile y de Argentina, donde el Tribunal precisó:

“35°. Que, finalmente, el requerimiento sostiene que la garantía contenida en el N° 22 del artículo 19 de la Constitución también se encuentra vulnerada por el Tratado.

Se argumenta al efecto que al “levantar(se) restricciones y otorgar(se) beneficios, para un solo sector económico, el sector minero”, “y para una sola zona fronteriza, el Área de Operaciones del Tratado” dejando vigentes esas restricciones para todos los otros sectores económicos y zonas geográficas que se indican, establece una discriminación arbitraria que se encuentra proscrita por el precitado numeral 22 del artículo 19;

36°. Que sobre el particular debe tenerse presente que la garantía establecida en el N° 22 del artículo 19 de la Carta Fundamental no es sino una singularización del principio de la igualdad ante la ley reconocido en el N° 2 del mismo artículo; y que este Tribunal ha estimado que consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que estén en situaciones diferentes (Roles N°s 5, de 26 de noviembre de 1981, y 203, de 6 de diciembre de 1994, respectivamente).

Por consiguiente, de acuerdo con esta conceptualización de la igualdad jurídica, es perfectamente explicable que determinados sectores económicos e incluso mineros o zonas geográficas, por estar en otras situaciones o circunstancias, queden al margen de los beneficios que contemplan las cláusulas del Tratado;

37°. Que admitido que la igualdad jurídica no es absoluta, lo que el Constituyente rechaza son las discriminaciones arbitrarias, y que, para este Tribunal, no son otras que las diferencias irracionales, productos del capricho y contrarias al bien común (Rol N° 203);

38°. Que dentro de esta línea de razonamiento, aun cuando no corresponda a este Tribunal emitir juicios de conveniencia o eficacia económica o social, no es menos cierto, que tampoco puede desatender los orígenes del convenio y que no son otros que el Tratado de Paz y Amistad suscrito el 29 de noviembre

de 1984, que sentó las bases convencionales para que ambas naciones avanzaran en la integración y cooperación económica.

Estos antecedentes, como asimismo los objetivos y alcances del Tratado, trasuntan un esfuerzo reflexivo y razonado para propender a la integración y complementación de dos naciones, por lo que no cabe al respecto el reproche de arbitrariedad aludido por los requirentes;

39°. Que, por lo razonado anteriormente, procede desestimar también la inconstitucionalidad de fondo basada en una supuesta vulneración del N° 22 del artículo 19 de la Constitución.”<sup>38</sup>.

Así, el legislador está facultado para establecer una relación jurídica, con derechos y obligaciones recíprocos entre el órgano del Estado encargado de materializarlas y los privados que se verán beneficiados o soportarán los gravámenes. El régimen jurídico normativo así establecido es de orden público económico, por tanto, indisponible y de carácter obligatorio.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Ariño, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Editorial Comares; Granada, 1999.
- Atienza, M. 1989. “Sobre lo razonable en el derecho”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 7, páginas 93 y siguientes.
- Barnes, J. “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario”, en *Revista de Administración Pública* N° 5, España, 1994.
- Cea, José Luis; *Derecho Constitucional Chileno; t. II*; Ediciones Universidad Católica de Chile; Santiago, 2004.
- Dalla Via, Alberto. *Derecho Constitucional Económico*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- Evans de la Cuadra. *Los Derechos Constitucionales*. Tomos II y III, Editorial Jurídica; Santiago, 1999.
- Fernandois Vöhringer, Arturo. *Derecho Constitucional económico*. Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001.

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 312, de 3 de octubre de 2000, considerandos 35° - 39°.

- González Beilfuss, M. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.
- Kresalja, Baldo, y Ochoa, César. *Derecho constitucional económico*. Fondo editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. 2009.
- Leguizamón, W. *Derecho constitucional económico*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2000.
- Nogueira Alcalá, Humberto. "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno", en Carbonell, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile; Universidad de Talca – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Librotecnia, Santiago, 2010.
- Papier, Juan Jorge. "Ley Fundamental y orden económico", en Benda, Maihoffer, Vogel y otros, *Manual de Derecho Constitucional*. Ed. IVAP – Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Valdés Prieto, Domingo. *La discriminación arbitraria en el derecho económico*. Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, 1992.
- Valenzuela Somarriva, Eugenio. 2005. *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Primera parte, Principios generales*. Santiago de Chile, Ed. Tribunal Constitucional de Chile.
- Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I, Segunda edición, reimpresión. Ed. Jurídica de Chile, 2005.
- Villacorta Mancebo, Luis. "Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites", en *Revista de Estudios Políticos* N° 130, octubre-diciembre 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Yrarrázabal, Covarrubias, Arturo. "Principios Económicos en la Constitución de 1980", *XVI Revista Chilena de Derecho* N° 1, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad de Chile, Santiago, 1987.

*Sentencias del Tribunal Constitucional.*

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 312, de 3 de octubre de 2000.

- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 352, de 15 de julio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 541, de 26 de diciembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 790-07, de 11 de diciembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 986-2007, de 30 de enero de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 755-2007, de 31 de marzo de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1182-08-INA, de 18 de noviembre de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, ROL N° 1260-08 INA, de 7 de mayo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1361-09, de 13 de mayo de 2009
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1295-2008-INA, de seis de octubre de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1535-09 INA, de 28 de enero de 2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1298-2009-INA, de 3 de marzo de 2010.