

# Proporcionalidad en la jurisprudencia judicial y administrativa chilena

## Proportionality in Chilean judicial and administrative jurisprudence

Rodrigo Céspedes Proto\*

Este trabajo analiza la aplicación del test de proporcionalidad a la luz de algunas decisiones relevantes de la Dirección del Trabajo, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Además explica la proporcionalidad como principio y base de un ordenamiento jurídico justo. Examinamos los conceptos de principios y reglas según ALEXY considerando las particularidades de la Constitución chilena y las etapas para la aplicación de este test.

**Palabras clave:** Proporcionalidad; test de proporcionalidad, principios y reglas; Robert Alexy; jurisprudencia.

This work examines the proportionality test as applied by the Chilean Labour Office, the Supreme Court and the Constitutional Court. This article also explains proportionality as a legal principle and the basis of fairness. I analyse the terms "principles" and "rules" according to ALEXY, considering the features of the Chilean and the "steps" in order to apply that test.

**Keywords:** Proportionality; proportionality test; principles and rules; Robert Alexy; case-law.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción<sup>1</sup>

La proporcionalidad es una de las ideas más primordiales de todo ordenamiento jurídico, parte esencial de la justicia. La sanción jurídica, consecuencia que se aplica en caso de infracción de una norma, debe ser proporcional a la seriedad de la contravención y sus circunstancias.

\* Research Fellow, Max Planck Institute for Social Anthropology (Halle), Department of Law & Anthropology. Correo electrónico: cespedes@eth.mpg.de. Recibido el 6 de marzo de 2018 y aceptado el 18 de julio de 2018.

<sup>1</sup> Para un análisis general, ver CÉSPEDES 2011.

Esto lo entendemos de forma intuitiva sin necesidad de un estudio acabado del derecho. Por ejemplo, en derecho penal el legislador establece penas distintas a diferentes ilícitos según la importancia del bien jurídico protegido (la vida es más importante que la propiedad) y según la gravedad del atentado contra ese bien jurídico (el homicidio se penaliza con más severidad que las lesiones). Los niveles de participación criminal se sancionan en forma diferente (no es lo mismo ser autor de un delito que ser encubridor) de igual forma que el grado de intencionalidad o malicia (dolo o culpa). Las escalas de penas se mueven según las atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal. Lo mismo es aplicable al derecho administrativo sancionatorio<sup>2</sup>. Los funcionarios públicos están afectos a un sistema disciplinario y las sanciones deberán ser aplicadas según la magnitud del deber infringido, reservando la destitución a las ofensas más graves<sup>3</sup>. Análoga manifestación se observa en la progresión de las indemnizaciones civiles: a mayor daño causado, mayor será la indemnización. En materia contractual, hay mayor responsabilidad en el incumplimiento doloso (se responde por perjuicios indirectos) que en el culposo (solo se responde por los directos). Los vicios más graves que afectan a los actos jurídicos producen nulidad absoluta, los menos graves, nulidad relativa (si bien el efecto es el mismo, difieren en sus características). La resolución de los contratos requiere incumplimientos “importantes”, esta no se produce por inobservancias accidentales. La Ley 19.300 exige un estudio o una declaración de impacto ambiental según la dimensión del efecto negativo en el medio ambiente, lo mismo en el caso de medidas provisionales ambientales<sup>4</sup>. La proporcionalidad es clave en lo que respecta a la legitimidad de los tributos y las medidas precautorias civiles y criminales. En materia administrativa, los tribunales chilenos han decidido que los entes públicos deben ejercer sus potestades de manera proporcional al mal que pretenden prevenir y a los

<sup>2</sup> *Enap Refinerías S.A. y otros con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2013). Se refiere a un reclamo de ilegalidad contra una sanción que les aplicó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles por incumplimiento del deber de coordinación del sistema eléctrico, en relación con el “Apagón de Chile” (14/3/2010) después del Gran Terremoto del 2010. Para aplicar la sanción administrativa, la proporcionalidad es fundamental y se debe tomar en consideración el daño causado (número de horas del apagón) y la entidad de la infracción. Sin embargo “se estima que si bien el terremoto no alcanza a configurar un caso fortuito, en este caso, reviste características que permiten presumir que sus efectos perduraron a través del tiempo, afectando gravemente la producción y transporte de la energía eléctrica, por lo que parece justificado que un generador o transmisor vea atenuada su responsabilidad”. En esas circunstancias “se hará una rebaja proporcional de las multas aplicadas por la Superintendencia”.

<sup>3</sup> Artículos 116-119 del Estatuto Administrativo. Por ejemplo, Dictamen CGR 24.897 (1999). Se destituye una funcionaria por registrar algunos atrasos. Se estima que no hay reiteración ni gravedad adecuada para justificar su expulsión; el principio de proporcionalidad debe observarse entre la gravedad de la falta y el castigo.

<sup>4</sup> *Pampa Camarones S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017). El requisito de proporcionalidad es fundamental en las medidas provisionales, que se fundan “en una *probabilidad* de la relación causal entre una determinada acción y el daño potencial”. El examen de adecuación, “conjuntamente con el de necesidad e idoneidad, deben ir dirigidos precisamente al fin de evitar el daño al medio ambiente o a la salud de las personas”. Las medidas provisionales son similares a las sanciones pero más *atenuadas*, ya que aún no hay certeza.

derechos individuales que pueda afectar<sup>5</sup>. En el caso concreto, la proporción establecida en la ley no basta y quien decide siempre debe tomar en cuenta los hechos que juzga (incluidos los accidentales): la aplicación práctica del principio de proporcionalidad siempre tendrá en cuenta la equidad.<sup>6</sup> En este principio se basan muchas instituciones. El test de proporcionalidad no es un principio en sí sino un conjunto de herramientas que permiten justificar un fallo.

## I. Reglas, principios y el test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad está muy extendido y tribunales internacionales, regionales y domésticos lo aplican<sup>7</sup>, Latinoamérica incluida; Chile no es la excepción. Muchos conflictos suponen la superposición de derechos fundamentales. Los tribunales frecuentemente, en las causas que conocen, tienen que balancear intereses en conflicto, muchos reconocidos en la Constitución y en tratados.

El test de proporcionalidad utilizado inicialmente por la Corte Constitucional alemana y sistematizado por Robert ALEX<sup>8</sup> supone la distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas concretas y detalladas que regulan un rango circunscrito de situaciones<sup>9</sup>. Los principios son normas generales e indeterminadas, elásticas, y reflejan un contenido valórico que se intenta apli-

<sup>5</sup> *Caballero y otros con Municipalidad de San Felipe (1916)*. El acuerdo municipal impugnado reglamentaba las condiciones de higiene con que debían contar las carnicerías. Exigía que las puertas que daban hacia la calle debían ser construidas absolutamente de fierro, "con amplio tragaluz previsto de barrotes de fierro, convenientemente divididos". La Corte lo declara ilegal, porque la carga no mejoraba la sanidad ya que esas puertas no impedían más eficientemente la entrada de insectos o el polvo. De hecho, las puertas de madera fueron consideradas más aptas para mantener la salubridad. Además, imponer las puertas de fierro fue considerado un gravamen excesivo.

<sup>6</sup> Al comentar precedentes, la mera exposición del criterio jurídico que se extrae de la sentencia no es suficiente; por la proporcionalidad, los hechos y el derecho están inseparablemente unidos. Por ejemplo, en *Ricardo Bravo González con Juzgado de Garantía de Valparaíso y otro (2009)*. La Corte Suprema señala que: "el juicio de proporcionalidad ya se encuentra realizado por el legislador de un modo abstracto y general, al haber ejercido previamente la opción valorativa, vinculante para el juez, de preferir la eficiencia de los procesos judiciales por sobre la libertad de los ciudadanos, sean estos imputados, víctimas, testigos o peritos, obviamente cuando ellos no han concurrido al llamamiento que les hace la autoridad, previo y válido".// En consecuencia, "antes de decretar la medida cautelar o un medio de coerción procesal respecto del imputado penal, el juez debe efectuar un juicio de proporcionalidad específico y constatar la concurrencia de los requisitos objetivos para su procedencia, a fin de no transformar en arbitrario su proceder." La Corte estima que las medidas solo deben determinarse en base a hechos expuestos en una audiencia pública y contradictoria, con presencia del imputado y su defensor.

<sup>7</sup> STONE SWEET y MATHEWS 2008; GREER 2004.

<sup>8</sup> Ver sus "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality" (2003); "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison" (2003); "Balancing, constitutional review, and representation" (2005). Pero especialmente, *A theory of Constitutional Rights* (2002).

<sup>9</sup> ALPA 1994.

car (u optimizar) a la máxima extensión posible. Los derechos fundamentales (establecidos como tales en la Constitución o en tratados) tienen estructura de principios, según ALEXY, y deben optimizarse<sup>10</sup>. En caso de conflicto con otros derechos o intereses colectivos deben balancearse y aplicarse en la máxima extensión posible; así por ejemplo, la libertad de expresión es un derecho fundamental que debe optimizarse al máximo pero, en conflicto con el derecho al honor, recibirá aplicación parcial. Este cálculo permite un rango indeterminado de respuestas jurisdiccionales posibles. Otros derechos, sin embargo, parecen más bien reglas, mucho más determinadas. Un caso es la legalidad tributaria; en este caso la Constitución exige que la fuente formal que crea un gravamen sea solamente una ley y la autoridad normativa, el parlamento. La discreción del juez, por tanto, queda muy reducida. Probablemente también el derecho la vida, por ser la piedra fundamental de las demás libertades (un "súper" derecho), restringe la discrecionalidad del juez, quien debe optimizarlo al máximo y solo restringirlo tangencialmente<sup>11</sup>.

El derecho público moderno no considera los derechos fundamentales como una esfera absoluta de autonomía; en efecto el Estado puede legítimamente restringirlos, respetando ciertas condiciones, y solo con el fin de proteger el bien común<sup>12</sup>. Otra limitación es el "derecho de los demás": en caso de conflicto entre dos o más derechos individuales los tribunales tendrán que balancear los intereses en competencia. Para realizar esta labor, el conjunto de herramientas más usadas es el test de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad dará, en caso de conflicto, la prioridad a un derecho fundamental sobre un interés colectivo y viceversa. Normalmente, los tratados, las constituciones y la legislación establecen nociones, también con la estructura de principios, que restringen derechos como "orden público", "protección de la salubridad", y "los derechos de los demás". Este interés colectivo justifica una restricción a un derecho y es expresada en una ley, o un acto administrativo en aplicación de esta. En sentido amplio, este test considera los siguientes elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Idoneidad significa que la medida restrictiva tiene que ser suficiente para obtener un objetivo legítimo. Esta limitación será válida si tiende a proteger un interés colectivo en el contexto de una sociedad democrática. Necesidad, o también llamado, "principio del mínimo daño", significa que las restricciones deben ser las estrictamente indispensables para lograr legítimamente el fin deseado. Si hay un abanico de opciones, la autoridad estatal tiene que tomar la alternativa que menos afecte los derechos fundamentales, de manera que estas sean las menos intrusivas posibles<sup>13</sup>. En

<sup>10</sup> ALEXY 2002.

<sup>11</sup> Puede citarse, por ejemplo, toda la discusión a raíz de la "píldora del día después", los casos de huelgas de hambre y también transfusiones de sangre y Testigos de Jehová; muy conectado con el supervalor que es la dignidad humana.

<sup>12</sup> LOUGHLIN 2010.

<sup>13</sup> Ver *Sociedad Fuschs y Plath con Fisco (1908)*. A propósito de la represión de una huelga general en Valparaíso, con grave perturbación del orden público. La Soc. Fusch y Plath tenía de-

palabras simples, la autoridad que toma la decisión debe sacrificar exclusivamente la parte del derecho necesaria para proteger el interés colectivo. Además, la medida no puede afectar el núcleo fundamental del derecho restringido. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto significa “pesar” y balancear los intereses en conflicto. Quien toma la decisión debe considerar la intensidad de la intervención-restricción y la importancia del interés perseguido: balancear el beneficio y el sacrificio. ALEXY sugiere que contrastando derechos e intereses en conflicto, la autoridad debe verificar si los derechos en cuestión son afectados “seria, moderada o ligeramente” de acuerdo con la “fórmula de ponderación”<sup>14</sup>. Como decíamos, el núcleo irreductible del derecho en cuestión no puede desaparecer con esta operación. En conclusión, el test de proporcionalidad en sentido amplio consiste en verificar que las restricciones a un derecho tienen un objetivo legítimo y esas limitaciones son apropiadas, necesarias y proporcionadas para obtener ese fin. La adjudicación de conflictos sobre derechos fundamentales, según ALEXY, es en esencia una teoría de ponderación y balance<sup>15</sup>. La triple escala de la fórmula de balance y el “peso” asignado a cada derecho o interés en conflicto son, en un alto grado, intuitivos; no existe una graduación preestablecida de la importancia relativa de los derechos o sus restricciones y estas pueden cambiar según tiempo y espacio. La personal ideología de cada juez puede ser tan importante como la tradición jurídica de cada país al momento de balancear derecho en conflicto<sup>16</sup>. Usando estas herramientas, las decisiones judiciales se justifican lógicamente y explicitan las variables consideradas. El test de proporcionalidad solo provee una justificación razonable a las decisiones utilizando los conceptos y hechos que la comprenden, no nos dan la única solución posible o la respuesta correcta. Como veremos, los tribunales y la Ad-

---

positadas en el puerto varias partidas de cerveza y botellas vacías para su exportación. La turba se adueñó de parte de la cerveza de propiedad de CCU. La autoridad ordenó que se arrojara al mar la cerveza (450 cajones) perteneciente a los demandantes, para que no cayeran en manos de la turba. Los demandantes solicitan al Fisco una indemnización. La Corte dio lugar a la indemnización basada en que el deber que tiene la autoridad de mantener el orden público no la faculta para que, en caso de conmoción pública, adopte el primer medio que se le presente; tampoco la exime de recurrir entre varios medios a aquel que menos daño ocasione al derecho de los particulares (por ejemplo, pudo haber trasladado la cerveza a otro lugar, etc.). El Estado es responsable de indemnizar los perjuicios causados a particulares por la adopción de medidas poco idóneas y desproporcionadas que, frente a una situación determinada, no constituyen el último arbitrio al cual se ha debido recurrir. En este caso, la antijuridicidad del actuar administrativo lo marca la desproporción de la medida tomada; existiendo otras alternativas posibles, menos dañosas que la autoridad pudo haber adoptado.

<sup>14</sup> ALEXY 2010.

<sup>15</sup> ALEXY 2003.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en materia de libertad religiosa, se permite ampliamente en EE.UU. por su historia: los peregrinos escapaban de la intolerancia, este derecho impedía potenciales conflictos. Francia, en cambio, tiene una tradición de secularismo. Es natural que, frente al sacrificio ritual de animales, los jueces de ambos Estados tengan aproximaciones diferentes al momento de asignarle “peso” a la libertad religiosa. En EE.UU. este se encuentra bajo el amparo de la libertad religiosa (*Lukumi*, 1993) no así en Francia (*Jewish Liturgical Association Cha'are Shalom Ve Tsedek*, 2000). Ambos son Estados democráticos y desarrollados y, aun así, las decisiones son diametralmente opuestas, lo que se explica por la diferente tradición cultural y legal.

ministración aplican este test frecuentemente. No pretendo una exposición exhaustiva de la jurisprudencia sino algunos casos relevantes a vía ejemplar.

## II. Aplicación del test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad ha sido aplicado por la Administración, por los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional. Analizaremos algunos casos selectos.

### 1. La Dirección del Trabajo

La Dirección del Trabajo comenzó a aplicar el test de proporcionalidad en la década de los 90. Los casos más relevantes se refieren al examen antidroga, la revisión por detector de metales y las cámaras de vigilancia. La Dirección no solo aplica directamente la Constitución sino que también varios tratados de derechos humanos.

El primer caso dice relación con el *Sindicato Trabajadores de Aviación de LAN Chile*<sup>17</sup>. El sindicato del aeropuerto cuestionó la política de LAN de detectar drogas a través de exámenes y revisar sus posesiones a través de detectores de metales. La Dirección estimó que había varios derechos en conflicto: la honra, la igualdad y la dignidad de los trabajadores (Artículos 1.5 y 19(4) de la Constitución) y el derecho del empleador de supervigilar la seguridad de sus operaciones, como parte de sus facultades de dirección y disciplina (Artículos 3, 7 y 153 del Código del Trabajo) que son derivaciones de su derecho fundamental de propiedad y de libertad económica. En opinión de la Dirección, los trabajadores de LAN deben someterse a este control, y LAN válidamente obligarlos, si se cumplen determinadas condiciones que permitan la armonización de los intereses en juego. En primer lugar se debe dictar un Reglamento Interno de Higiene y Seguridad que contemplen medidas que se apliquen a todos los trabajadores o a través de un sistema aleatorio, tenga parámetros objetivos y no sean invasivos ni prepoliciales o punitivos. Estas medidas de control deben ser *idóneas a los objetivos perseguidos*. En este caso el fin legítimo es la seguridad y la prevención del tráfico de drogas. Por otro lado, las medidas se justifican solo si directamente persigue obtener ese fin (no pueden excederse) y respetan el núcleo de los derechos fundamentales de los trabajadores sin que el empleador usurpe funciones públicas como las de la policía. Este dictamen da un marco normativo para implementar medidas de seguridad y tácitamente alude elementos del test de proporcionalidad.

<sup>17</sup> Oficio Ordinario 287/14 (11/1/1996).

En *Sindicato Interempresa de Transportes San Bernardo Las Condes Uno Ltda.*<sup>18</sup>, los trabajadores consultaron si la incorporación de cámaras en buses violaba sus derechos fundamentales. La Dirección de nuevo estimó que la legitimidad de la medida debía decidirse en base al test de proporcionalidad dado que había derechos en conflicto (que no son absolutos), como la privacidad de los trabajadores y la propiedad del empleador. De acuerdo a la evidencia recolectada durante una inspección, su implementación por el empleador era ilegítima porque la restricción de los derechos de los trabajadores era desproporcionada e irrazonable en relación con los objetivos perseguidos (proteger a pasajeros y trabajadores). En efecto, la medida era demasiado intrusiva (principio del mínimo daño) y, subsecuentemente, los derechos de los trabajadores debían prevalecer y el empleo del poder empresarial era abusivo. En efecto, las filmaciones eran almacenadas y eran continuas, incluidos los períodos de descanso (lo que es extralaboral, aunque se desarrolle dentro de la empresa), lo que infringía el núcleo irreductible la privacidad y la dignidad (“poder total y completo sobre la persona del trabajador”). Además, los trabajadores no podían tener acceso a la información registrada. Por la particular implementación, parecía que, más que seguridad, el empleador buscaba “espíar” a sus trabajadores (la seguridad era incidental); por lo tanto, eran inadecuadas y desproporcionadas. Es claro el desbalance y, la importancia de los hechos (la evidencia), es esencial. Las cámaras pueden ser útiles pero este particular uso era ilegal porque el control era ilimitado, generando una tensión y temor incompatible con la dignidad humana, una forma de acoso. Una aplicación diferente de las cámaras, o la utilización de otros medios menos gravosos, podría haber cambiado el contenido de la decisión. El contexto es también fundamental: se trata solo de transporte colectivo, no de manipulación de sustancias peligrosas. El Dictamen reconoce que los derechos son relativos y pueden ser restringidos de acuerdo con la trilogía necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta. Finalmente, la Dirección enfatiza que no se trata de un problema estrictamente laboral y normas constitucionales e internacionales son directamente aplicables<sup>19</sup>.

En *Sindicato de Trabajadores de la empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A.*<sup>20</sup>, el sindicato estimó que las cámaras de seguridad violaban los derechos de los trabajadores. La discusión es similar a la anterior (privacidad contra propiedad) y las herramientas del test de proporcionalidad se utilizan para decidir y argumentar el dictamen. También fue clave en la decisión la forma en que el empleador implementó el control audiovisual, la ilegitimidad no es un concepto abstracto en el juicio de proporcionalidad. Al final, la medida de control fue considerada inidónea y no razonable, el sacrificio de los derechos de los trabajadores demasiado intensa y afecta desproporcionadamente su núcleo irreductible (“inexistente todo espacio de libertad y digni-

<sup>18</sup> Oficio Ordinario Nr. 2328/130 (19/7/2002).

<sup>19</sup> Ver MILLON y CÉSPEDES 2015, 83-116.

<sup>20</sup> Oficio Ordinario Nr. 2875/72 (22/7/2003).

dad"). Obtener seguridad era perfectamente factible en forma menos invasiva ("existen variadas formas que el empleador puede utilizar para controlar la prestación de los servicios y optimizar el control de calidad de los productos y que son menos restrictivas de la libertad del trabajador") de manera que no implique un "poder total y completo sobre la persona del trabajador". La seguridad, de hecho, era incidental y el verdadero objetivo era controlar a los trabajadores en todo momento. Es claro que el asunto trasciende el derecho laboral y tiene implicaciones constitucionales; la Carta Fundamental se aplica directamente, ya que el núcleo irreductible de los derechos fundamentales son una limitación al poder del empleador ("freno insalvable al ejercicio de tales poderes").

## 2. Los Tribunales Ordinarios

La Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones han también aplicado el test de proporcionalidad. Reseñamos tres fallos relevantes, todos relacionados con derecho administrativo. El primer caso se relaciona con la educación escolar y las medidas disciplinarias; el segundo, con el acoso laboral de una funcionaria.

En "*Calabrano Torres y otros con Gobernación de la provincia de Malleco, de Carabineros de Chile y otros*" (2012)<sup>21</sup>, la Corte Suprema declaró que el servicio de Carabineros tiene por fin resguardar el orden y la seguridad, para lo cual puede emplear distintos medios para disuadir conductas que vulneren el normal orden social. Pero esa potestad discrecional debe ser ejercida prudente, racional y proporcionalmente. En este particular caso, se afectaron la vida normal de hogares de manera inmotivada, y se utilizó fuerza desmedida sin evidencia concreta que desde tales residencias se estaban realizando actos de violencia. En conclusión, Carabineros no debe ni puede usar medidas que resulten desproporcionadas e impliquen reprimir a quienes no se encuentran participando de los hechos delictivos denunciados que se pretenden controlar. En este caso, reprimieron con gases lacrimógenos una concentración (no del todo pacífica) dando cumplimiento a la medida de protección que fue dispuesta por la fiscalía local de Collipulli a favor de Bosques Cautín S.A. Realizando esta operación, se afectó la propiedad privada y la salud de niños y ancianos.

En "*Liceo Augusto D'Halmar*" (2012)<sup>22</sup>, una municipalidad administra un colegio y unos alumnos fueron fácticamente "expulsados" usando antojadizamente "razones académicas". La verdadera razón era su participación en las protestas estudiantiles. La Corte Suprema, confirmando la sentencia apelada, declaró ilegal la medida utilizando el principio del interés superior del menor de la Convención de Derechos del Niño (1989) por vía del Artículo 5.2 de la

<sup>21</sup> Rol 12.558-2011 (3/4/2012), protección.

<sup>22</sup> Rol 3.279-2012 (10/7/2012), protección.



Constitución. En opinión de la Corte, se infringió la igualdad ante la ley y el debido proceso. La medida no era ajustada al objetivo según estima la Corte. Para decidir, el Tribunal utiliza una parte del test de proporcionalidad, sin hacer referencia a todos sus elementos.

En "*Carmen Riquelme Robledo con Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial*" (2013)<sup>23</sup>, la Corte Suprema acogió una protección referente a hostigamiento laboral. Una funcionaria "sufre" la asignación de trabajo adicional y ajeno a su cargo bajo una supuesta reestructuración (una "destinación" simulada cuyo fin era acosarla). Además, se bloqueó su acceso remoto al sistema computacional institucional (pensando que podía "manipularlo", sin considerar que la funcionaria tenía una hoja de vida impecable), entre otras conductas abusivas. La Corte estima que las medidas son arbitrarias, ya que no ha acreditado justificación ni se divisa su finalidad; de esta manera además hubo un tratamiento diferenciado con otros funcionarios en la misma situación. Las medidas, en opinión de la Corte, eran ilegítimas, porque creaban diferencias arbitrarias (infringe el Artículo 19 Nr. 2 de la Constitución) al no respetar medios idóneos, necesarios, proporcionados y razonables al ejercer la potestad discrecional que la normativa le entrega al recurrido. En este caso la mención de los elementos del test de proporcionalidad es completa y son parte relevante de la argumentación de la sentencia.

### 3. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha dado amplia y acabada aplicación al test de proporcionalidad, utilizando cada una de sus herramientas para justificar y argumentar sus sentencias. Reseñamos varias decisiones que se relacionan con derechos económico-sociales (educación y salud) y la restricción de actividades económicas (en casos de servicios de utilidad pública, como el suministro eléctrico) por un creciente control administrativo.

En 2014 el Tribunal Constitucional decidió sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley sobre intervención estatal en instituciones de educación superior<sup>24</sup>. Entre otras medidas, el Gobierno introdujo la institución del interventor para asegurar el interés de los estudiantes. Con la figura del interventor estatal podría infringir la autonomía y la libertad académica del centro. El Tribunal declaró la constitucionalidad del proyecto basada en que la intervención protegía los intereses de los estudiantes; las restricciones a la autonomía y la libertad académica eran legítimas. La educación es un asunto público y otras áreas, como la banca o las telecomunicaciones, son normalmente intervenidas y reguladas por el Estado. Además, los poderes del interventor estaban regulados y bajo control judicial. Por lo tanto, la esencia de los derechos de autonomía y libertad académica era respetada y resguardada.

<sup>23</sup> Rol 10.119-2013 (24/12/2013), protección.

<sup>24</sup> Rol 2.731-2014 (26/11/2014).

da. En opinión del Tribunal, el derecho de los estudiantes tiene más “peso” y su conflicto con la libertad académica y la autonomía se resuelve en su favor porque las últimas son moderadamente afectadas, siguiendo los tres pasos del test de proporcionalidad.

En 2015, el Gobierno introdujo otra reforma educacional que “eliminaba el lucro” en la educación y la selección de los estudiantes, que podía generar discriminación. Algunos parlamentarios estimaron esta modificación afectaba la esencia de la libertad para establecer instituciones educativas y su autonomía. En una decisión dividida, el Tribunal confirmó gran parte de la nueva institucionalidad porque las medidas eran proporcionales y su objetivo era legítimo: potenciar el derecho a la educación<sup>25</sup>. Según la mayoría, el derecho a recibir educación según los estándares de calidad prevalecía sobre la libertad académica y la libertad para establecer establecimientos educacionales y sus derechos conexos. Estos derechos fueron afectados con las modificaciones, pero no en su esencia. Por lo tanto, las restricciones a estas libertades no eran desproporcionadas, especialmente si los tratados internacionales permiten una amplia intervención estatal en educación.

A finales del 2015, el gobierno introdujo una partida en la Ley de Presupuesto 2016 que financiaba a alumnos vulnerables para estudiar en *algunas* instituciones de educación superior, estableciendo ciertos criterios para determinarlas. Su constitucionalidad fue impugnada por algunos parlamentarios sobre la base de la potencial discriminación ya que solo algunos alumnos, matriculados en determinadas universidades, no obtendrían el beneficio, dándole ventaja a instituciones tradicionales. El Tribunal estimó que la disposición discriminaba a los estudiantes matriculados en las instituciones no beneficiadas con la gratuidad. Este trato desigual carecía de bases racionales ya que asumía que instituciones tradicionales proveían mejor educación y que el resto eran sospechosas de mala calidad. No había conexión lógica entre el fin perseguido (educación universal gratuita) y los medios destinados a obtenerlo (el trato diverso a distintas universidades). Si bien la Convención de la ONU sobre derechos económicos, sociales y culturales (1966) permite una amplia intervención estatal, esta no puede ser discriminatoria. Al igual que en el fallo anterior, el uso de las herramientas del test de proporcionalidad son claras.

Otras decisiones relacionadas con el test de proporcionalidad se refieren a servicios básicos como la provisión de electricidad, el cual es altamente controlado. El Tribunal Constitucional tiene, en estos casos, que balancear la intervención estatal en interés de los consumidores con los derechos de las compañías. En este caso, el régimen de derecho público se expande aplicándose a entes privados. La regulación del servicio eléctrico establece multas para proteger la calidad del servicio. Estas multas impuestas administrativamente son revisadas por los tribunales ordinarios. El Tribunal Constitu-

---

<sup>25</sup> Rol 2.787-2015 (1/4/2015).

cional tuvo que decidir sobre la constitucionalidad del *solve at repete* como requisito previo del control judicial de la multa administrativa. En opinión del recurrente, este era un obstáculo al acceso a la justicia y el debido proceso. El punto central en este caso fue la envergadura económica del recurrente, en este caso una compañía eléctrica. El Tribunal estimó que las compañías eléctricas proveen un servicio de utilidad pública en condiciones monopólicas; el servicio es regulado y controlado por el Estado para garantizar su calidad; los precios son fijados y el margen de utilidades garantizado<sup>26</sup>. Las compañías tienen ventajas especiales y consecuentes responsabilidades cuyo fin es proteger a los consumidores. La exigencia del *solve at repete* funciona como un incentivo a proveer un buen servicio y, en opinión del Tribunal la restricción al acceso a la justicia y el debido proceso no es desproporcionada. La esencia de estos no es afectada y la restricción tiene un fin legítimo. Los hechos en general son fundamentales al momento de aplicar el test de proporcionalidad. El "tamaño" del recurrente "pesó" en la decisión. En otras circunstancias, el *solve at repete* podría haberse declarado ilegítimo. Esto parece ser de la esencia del test de proporcionalidad, la magnitud relativa de los hechos puede hacer cambiar la balanza de la justicia<sup>27</sup>.

Las Compañías que generan, transmiten y distribuyen electricidad tienen reglas especiales de responsabilidad en casos de *black outs*. En este caso, la distribuidora paga directamente a los consumidores, en la forma de un descuento en la cuenta, por el *black out*. Esta posteriormente carga con los gastos para determinar la responsabilidad definitiva y obtener reembolso. En opinión de las generadoras, este sistema violaba la igualdad ante las cargas públicas. En varios fallos, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el sistema diseñado por el legislador es razonable y proporcional, por lo que no hay discriminación arbitraria<sup>28</sup>. La alternativa sería poco realista ya que crearía una carga desproporcionada en los consumidores. Además, el consumidor está ligado a estas con la obligación de otorgar un servicio de calidad. Distribuir electricidad no es una simple actividad comercial, es un servicio público esencial que se provee en condiciones monopólicas; es natural que la regulación se interprete y aplique con el fin primordial de proteger al consumidor. El Tribunal considera el "tamaño" relativo de los potenciales litigantes para aplicar el test de proporcionalidad. En conclusión, no hay discriminación si la legislación crea cargas que afectan a las compañías, si estas benefician al consumidor. Otra vez, los hechos cambian el balance de la justicia.

En todos estos casos, el Tribunal Constitucional aplica los tres pasos del test de proporcionalidad para fundar sus decisiones. El Tribunal balancea fines estatales, derechos de las empresas y de los consumidores.

<sup>26</sup> Rol 2575-2013 (7/8/2014).

<sup>27</sup> El Tribunal Constitucional, ya se había pronunciado sobre el *solve at repete* como medio para desestimular demandas frívolas en Rol 1.345-2009 (25/5/2009).

<sup>28</sup> Roles 2.356-2012 (28/11/2013), 2.428-2013 (27/3/2014) y 2.427-2013 (27/3/2014).

## Conclusiones

El principio de proporcionalidad permea todo el ordenamiento jurídico y es una base fundamental de la justicia. El test de proporcionalidad concretiza este principio en su aplicación práctica, evaluando los hechos y balanceando los derechos e intereses en conflicto. Estos, según ALEXY, tienen la estructura de principios, es decir normas elásticas que deben aplicarse en la máxima extensión posible, considerando otros derechos e intereses en juego. El test supone que los derechos no son absolutos y admiten restricciones, lo que puede ser más que discutible en materia del derecho a la vida. Además, en la Constitución chilena al menos, algunos derechos son más bien reglas, como la legalidad penal o tributaria. En estos casos, la Carta Fundamental no admite balance ya que estrictamente señala la fuente formal y la autoridad normativa para crear delitos y penas o tributos y el margen de apreciación está notablemente restringido.

El test de proporcionalidad es aplicado por la Administración, los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional. Este no es un instrumento que garantice la única decisión correcta; simplemente nos otorga ciertas herramientas para argumentar, fundar y justificar una decisión (o también criticarla).

## Bibliografía citada

- ALEXY, Robert (2002): *A theory of Constitutional Rights*, OUP, Oxford, 55 pp.
- ALEXY, Robert (2003): "Constitutional Rights, Balancing and Rationality". *Ratio Juris Vol. 16 Nr. 2 (June/2003)*, pp. 131-140.
- ALEXY, Robert (2003): "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison". *Ratio Juris Vol. 16 Nr. 4 (December/2003)*, pp. 433-449.
- ALEXY, Robert (2005): "Balancing, constitutional review and representation". *International Constitutional Law Vol. 3 Nr. 4*, pp. 572-581.
- ALEXY, Robert (2010): "The Construction of Constitutional Rights". *Law & Ethics of Human Rights: Rights, Balancing & Proportionality Vol. 4 Issue 1*, pp. 28-29.
- ALPA, Guido (1994): "General principles of Law". *Annual Survey of International & Comparative Law Vol. 1 Issue 1*, pp. 1-37.
- CÉSPEDES, Rodrigo (2011): "Los Principios Generales del Derecho, un enfoque desde la Perspectiva del Derecho Público". *Revista de Derecho Administrativo Económico Nr. 5 (2011)*, pp. 25-66.
- GREER, Steven (2004): "'Balancing' and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate". *The Cambridge Law Journal Vol. 63 Issue 2 (June/2004)*, pp. 412-434.
- LOUGHLIN, Martin (2010): *Foundations of Public Law*, OUP, Oxford, 369 pp.
- MILLON, Paula y CÉSPEDES, Rodrigo (2015): "Derecho internacional de los derechos humanos y derecho doméstico chileno". *Derecho Público Iberoamericano Nr. 7 (Octubre/2015)*, pp. 83-116.
- STONE SWEET, Alec and MATHEWS, Jud (2018): "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism". *Columbia Journal of Transnational Law Vol. 47 (2008)*, pp. 72-164.

## JURISPRUDENCIA CITADA

### Judicial Nacional

- Sociedad Fuschs y Plath con Fisco* (1908): Corte de Apelaciones de Santiago, *RDJ T 5* (1908), sec. 2.
- Caballero y otros con Municipalidad de San Felipe* (1916): Corte de Apelaciones de Santiago, *RDJ T 13 Nr. 1-10* (1916), sec. 2, pp 41-48.
- Ricardo Bravo González con Juzgado de Garantía de Valparaíso y otro* (2009): Corte Suprema, 4 de agosto de 2009, rol 5.044-2009.
- Calabrano Torres y otros con Gobernación de la provincia de Malleco, Carabineros de Chile y otros* (2012): Corte Suprema, 3 de abril de 2012, rol 12.558-2011, protección.
- Coca Paredes y otros con Alcalde de Ñuñoa (Liceo Augusto D'Halmar)* (2012): Corte Suprema, 10 de julio de 2012, rol 3.279-2012, protección.
- Enap Refinerías S.A. y otros con Superintendencia de Electricidad y Combustibles* (2013): Corte Suprema, 20 noviembre de 2013, rol 822-2012.
- Carmen Riquelme Robledo con Director de la Corporación Administrativa del Poder Judicial* (2013): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2013, rol 10.119-2013, protección.
- Pampa Camarones S.A. con Superintendencia del Medio Ambiente* (2017): Corte Suprema, 24 de abril de 2017, rol 61.291-2016.

### Tribunal Constitucional

- Sentencia TC Rol N° 1.345 (2009): Tribunal Constitucional, 25 mayo 2009.
- Sentencia TC Rol N° 2.356 (2012): Tribunal Constitucional, 28 noviembre 2013.
- Sentencia TC Rol N° 2.428 (2013): Tribunal Constitucional, 27 marzo 2014.
- Sentencia TC Rol N° 2.427 (2013): Tribunal Constitucional, 27 marzo 2014.
- Sentencia TC Rol N° 2575 (2013): Tribunal Constitucional, 7 agosto 2014.
- Sentencia TC Rol N° 2.731 (2014): Tribunal Constitucional, 26 noviembre 2014.
- Sentencia TC Rol N° 2.787 (2015): Tribunal Constitucional, 1 abril 2015.

## JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v Hialeah*, 508 US 520 (1993), US Supreme Court.
- Jewish Liturgical Association Cha'are Shalom Ve Tsedek* (2000), App. 27417/95, European Court of Human Rights.

## JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

- Dictamen 24.897 (1999): Contraloría General de la República, 9 de julio de 1999.
- Oficio Ordinario 287/14 (1996): *Sindicato Trabajadores de Aviación de LAN Chile*. Dirección del Trabajo, 11 de enero de 1996.
- Oficio Ordinario 2328/130 (2002): *Sindicato Interempresa de Transportes San Bernardo Las Condes Uno Ltda*. Dirección del Trabajo, 19 de julio de 2002.
- Oficio Ordinario 2875/72 (2003): *Sindicato de Trabajadores de la empresa Evercrisp Snack Productos de Chile S.A*. Dirección del Trabajo, 22 de julio 2003.