

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador¹

“El ciego de nacimiento no puede concebir la sombra; el que ignora el Derecho, no puede conocer la arbitrariedad. El conocimiento de la arbitrariedad implica el del Derecho” Von Ihering, R., El fin en el Derecho, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978, p. 174.

Resumen

El autor analiza la regulación que la Constitución realiza de la arbitrariedad –y su interdicción–, especialmente en relación al legislador. Señala que, en una primera lectura, su interdicción en relación al legislador parece estarlo solo ligada a la garantía de la igualdad y a la no discriminación en materias económicas. En su opinión, esa interpretación es errada: la interdicción de la arbitrariedad es un “principio basal” de la Constitución chilena, tal como recientemente lo afirmara el Tribunal Constitucional, interdicción que entiende en términos amplios, de tal modo que afecta, a su juicio, a todos los órganos del Estado, entre ellos el legislador, y en relación a cualquier derecho y garantía reconocido por ella. Bajo ese entendido, sostiene que su control represivo puede obtenerse a través del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En efecto, plantea que los actos que ejecutan una ley arbitraria son de idéntica naturaleza, y como estos pueden ser controlados de distintas maneras por los Tribunales ordinarios, por lo general a través del recur-

**Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Universidad de Chile.*

¹ La presente ponencia fue presentada el pasado día lunes 2 de noviembre de 2009, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el marco del Seminario La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, organizado por el Departamento de Derecho Público de dicha Casa de Estudios. El título de esta ponencia no ha experimentado modificación alguna. El mismo fue publicitado desde mediados de octubre a través de la página web y los afiches del referido Seminario.

so de protección, la gestión que para tal efecto se sigue puede constituir aquella que habilita la interposición del referido requerimiento, y mediante este, finalmente, declarar su inaplicabilidad por producir su aplicación en el caso concreto –al amparar un acto arbitrario– efectos contrarios a la Constitución. Observa que la arbitrariedad en sí es un vicio de inconstitucionalidad, razón por la que la ley arbitraria es siempre inconstitucional, de lo que concluye que su aplicación en un caso particular siempre produce efectos contrarios a la Constitución, de ahí que sostenga que el control concreto que importa la inaplicabilidad en relación a dicho precepto legal, se erige, en la práctica, en abstracto, razón por la cual estima que la expresión “requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, clásica para referirse a esta, es, en este caso, correcta.

Palabras clave

Arbitrariedad, legislador, inaplicabilidad, inconstitucionalidad, Tribunal Constitucional.

1. Agradecimientos

Quisiera, en primer lugar, agradecer al director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, profesor señor Enrique Navarro Beltrán, la gentil invitación que me extendiera para participar en este Seminario, así como felicitarlo por su realización, ya que con él la Facultad, cumpliendo la misión que le es propia, tempranamente aborda una temática que será, sin dudas, una de las más relevantes del Derecho Público nacional por mucho tiempo: la configuración, a través de las atribuciones y los procedimientos, del “nuevo” Tribunal Constitucional², a la luz de su ley orgánica constitucional, recientemente adecuada –con algún desfase, por cierto– a los imperativos de la reforma constitucional introducida a través de la Ley N° 20.050, de 2005.

2. Presentación del tema y sus complejidades

La presente ponencia se intitula: “El recurso de inaplicabilidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del Legislador”. El tema, no puedo dejar de reconocerlo, parece, a primera vista, en lenguaje coloquial, una “pirotecnia jurídica”, esto es, aquel que no obstante ser muy interesante, que da lugar a variadas posiciones doctrinarias y cuya discusión parece inagotable, no tendría consecuencia alguna

² Utilizo en esta oportunidad la expresión “nuevo” Tribunal Constitucional para distinguirlo de sus homónimos que le preceden: de aquel que tuvo vigencia durante los años 1971 y 1973 y de aquel que lo tuvo durante los años 1981 y 2005, diferenciándolo de este último por las nuevas y amplias atribuciones que le introdujo la reforma constitucional de ese año. Empleando la misma expresión, véase: Ríos Álvarez, Lautaro, El nuevo Tribunal Constitucional, en Zúñiga Urbina (coord.), Reforma Constitucional, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.

en la práctica jurídica³. Pretendo demostrar que ello no es así, en concreto: que el requerimiento de inaplicabilidad constituye un correcto y satisfactorio mecanismo para controlar la arbitrariedad en la que, por acción⁴, puede incurrir el legislador –y evitar así sus indeseados efectos: la realización de actos arbitrarios lesivos de derechos, bajo el amparo de una ley de idéntica calidad, causa eficiente de aquellos–.

No puedo dejar de observar, desde ya, que tal propósito no es de fácil consecución, ello porque exige demostrar, previamente, varios supuestos sobre los cuales dicho planteamiento se apoya, entre ellos y en orden correlativo: (1) primeramente, que todos los órganos del Estado, incluido el legislador, pueden incurrir en arbitrariedad, la que puede, a su vez, ser objeto de control jurisdiccional; (2) en segundo lugar, que la arbitrariedad, por sí sola, constituye un vicio de inconstitucionalidad y en esa medida se halla proscrita o interdicta; (3) luego, que la interdicción de la arbitrariedad –en especial, en relación al Legislador– no está referida exclusivamente a la garantía de la igualdad ante la ley, como podría colegirse de una primera lectura de la Constitución, en específico de sus artículos 19 N°s 2 y 22, sino que lo está en relación a cualquier derecho o garantía por ella asegurado; y (4) finalmente, que el recurso de “inaplicabilidad *por inconstitucionalidad*” constituye en nuestro medio jurídico un mecanismo idóneo para el control represivo de la arbitrariedad del legislador.

3. El problema en el Derecho Comparado. (Visión general)

Cabe, en primer lugar, apuntar que la tesis que advierte que el mismísimo legislador puede incurrir en hipótesis de arbitrariedad y que esta se halla interdicta o proscrita, pudiendo ser, además, objeto de control jurisdiccional, ha sido reconocida en varios sistemas jurídicos, v.gr., en España, Francia, Italia, Alemania, etcétera⁵. En ellos, la regla general ha sido su establecimiento a través de la creación jurisprudencial –a partir de la garantía de la igualdad ante la ley– de sus Tribunales Constitucionales, mientras que la excepción, su reconocimiento en forma expresa en la Carta Fundamental.

³ Ejemplos de estos temas son primeramente aquel que discute en relación a la existencia de normas constitucionales inconstitucionales (por todos, véase: Bachof, Otto, ¿Normas constitucionales inconstitucionales?, Editorial Palestra, Lima, 2008), o sobre la responsabilidad del Estado-Constituyente (por todos véase: Zielmann Zamorano, Wilfred, La responsabilidad del Estado por el ejercicio del Poder Constituyente, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago 1998).

⁴ El legislador puede incurrir igualmente en arbitrariedad por omisión, mas en esta ocasión no trataré esta hipótesis, puesto que el control de la arbitrariedad del legislador que puede efectuarse a través del requerimiento de inaplicabilidad, objeto del estudio que efectúo en este trabajo, parte de la base de la existencia de una norma legal, respecto de la cual se deduce aquel, y no de la ausencia de ella. Sobre la inactividad legislativa por todos, véase: Gómez Puente, Marco, La inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1997. Montané de la Roque, Pierre, L'inertie des pouvoirs publics, Dalloz, Paris, 1950.

⁵ Véase: Fernández, Tomás-Ramón, Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, Editorial Palestra, Lima, 2006, 195 y ss.

Esto último ha sucedido en España, país en el cual la propia Constitución le ha otorgado a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos el carácter de principio general de Derecho Público, al disponer en su artículo 9.3 *in fine*: “La Constitución garantiza (...) la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”⁶, poderes entre los cuales, por cierto, se halla el legislador, conforme da cuenta la historia fidedigna de dicha disposición. En efecto, su gestor, Lorenzo Martín Retortillo-Baquer, durante su discusión, expresamente sostuvo que el “Principio que se impone también al Parlamento, pero que no recorta sus atribuciones. (...) No se niega la libertad de actuar, sino simplemente proscribire la arbitrariedad. Ciertamente que habrá situaciones límite en las que no sea posible el enjuiciamiento, pero hay obviamente un margen de apreciación más allá del cual es preciso no ceder”, porque “el Estado de Derecho que recalca el artículo 1º impone siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad”⁷ 8.

Ahora bien, en aquellos países en los que la interdicción de la arbitrariedad del Legislador se ha consagrado a través de la creación jurisprudencial, ha surgido primeramente bajo el amparo de la garantía de la igualdad ante la ley –en tanto dicha garantía no es absoluta sino que reconoce excepciones, siempre que ellas resulten razonables o, si se quiere, no arbitrarias–, pero, al poco tiempo, se ha desvinculado de aquella, abarcando los restantes derechos o garantías asegurados por las respectivas Cartas Fundamentales. Esto último ha acontecido, por ejemplo, en Italia, país en el que, tempranamente, la más preclara doctrina, representada por Sandulli, observó que “La regla de la racionalidad de las leyes hunde sus raíces en el principio constitucional de igualdad del que el artículo 3º de la Constitución no representa sino “la parte emergente del iceberg que los contiene”, viene a identificarse con la coherencia del sistema jurídico en su conjunto: toda nueva norma importa un cambio que exige justificación en base a razones pertinentes y adecuadas”⁹.

En otras palabras, si bien es cierto que la interdicción de la arbitrariedad se aprecia nítidamente en relación a la garantía de la igualdad ante la ley, no lo es menos que ella está igualmente presente, con la misma fortaleza aunque no con la misma nitidez, en relación a los restantes derechos y garantías asegurados por la Constitución. En este sentido, con acierto Tomás-Ramón Fernández ha señalado

⁶ Sobre el sistema español en esta materia, véase, por todos: Pérez Royo, Javier, Curso de Derecho Constitucional, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007. Balaguer Callejón, Francisco, Derecho Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1999. Álvarez Conde, Enrique, Curso de Derecho Constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

⁷ Martín-Retortillo, Lorenzo, Materiales para una Constitución, Akal, 1984, citado por Fernández, Tomás-Ramón, De la Arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional, Madrid 1998, p. 28.

⁸ Sobre su génesis, véase, además: Fernández, Tomás-Ramón, Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, Editorial Palestra, Lima, 2006, 195 y ss.

⁹ Sandulli, A. M., Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, en Diritto e Società, 1975, p. 563, citado por Fernández, Tomás-Ramón, De la Arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional, Madrid 1998, p. 32.

que “El razonamiento de los jueces constitucionales en esta dirección comienza, ciertamente, en la igualdad, pero una vez instalado en este campo adquiere inercia y tiende a expandirse a otros distintos a impulsos de su lógica interna hasta olvidarse del punto de partida, que, a fuerza de ensancharse, tiende a identificarse con una idea general de coherencia del ordenamiento jurídico”¹⁰, esto es, en palabras de Fernández Nieto, “la exigencia de la no arbitrariedad o razonabilidad de las leyes ha ido extendiéndose como una consecuencia natural de la propia estructura de los derechos fundamentales y de la posición preferente que estos ocupan en el ordenamiento jurídico, se ha ido desarrollando también una línea jurisprudencial diferente en aplicación directa del art. 9.3 in fine, de la Constitución, en el sentido que aquella exigencia se hace más fuerte cuando la ley incide sobre algún derecho fundamental”¹¹.

4. La arbitrariedad en nuestros textos constitucionales

La interdicción de la arbitrariedad en la que puede incurrir el legislador debe ser consultada necesariamente en la Constitución, en tanto que aquella en la que puede incurrir la Administración del Estado, el Poder Judicial u otros órganos estatales, puede serlo también en la ley¹². De ahí la importancia que tiene para nuestro estudio –la arbitrariedad y su interdicción en relación al legislador– determinar cuáles son sus antecedentes, primeramente, en la evolución constitucional de nuestro país, y luego, en la Constitución de 1980, actualmente en vigor.

Textos constitucionales (anteriores a la Constitución de 1980)

Revisados todos los textos constitucionales de nuestro país anteriores a la Constitución de 1980, podemos señalar que sobre la arbitrariedad y su interdicción no

¹⁰ Fernández, Tomás-Ramón, De la Arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional, Editorial Civitas, Madrid 1998, p. 39.

¹¹ Fernández Nieto, Josefa, Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común europeo, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, ps. 414 y 415.

¹² Pues bien, cabe consignar que las leyes igualmente proscriben la arbitrariedad en relación a órganos del Estado, como acontece, por ejemplo con el artículo 5º, inciso 1º, de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que dispone: “El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.” (Sobre el alcance de este precepto legal, véase: Dörn Garrido, Carlos, Responsabilidad extracontractual del Estado por actos del Ministerio Público, en Revista del Consejo de Defensa del Estado N° 13, p. 13 y ss. De la misma manera el artículo 24 incisos 1º y 2º de la Ley N° 19.886, Ley De Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, señala: “Artículo 24.- El Tribunal (de Contratación Pública) será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley. (f) La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.” Sobre este precepto, véase: Barra Gallardo, Nancy y Celis Danzinger, Gabriel, Contratación administrativa bajo la Ley de Compras, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 143 y ss.

hay referencia alguna¹³ –menos aun en relación al legislador–, salvo aquella que realizó la Constitución de 1925, en su artículo 87, en cuanto dispuso que “Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”¹⁴.

Esta escasa referencia a la arbitrariedad y a su interdicción, así como la absoluta omisión en relación a aquella en la que puede incurrir el legislador, que se aprecia en la evolución constitucional chilena –anterior a la Constitución de 1980–, se debe, probablemente, al marcado positivismo que singularizó a dicho periodo¹⁵, al cual, por cierto, le resultaban completamente ajenos criterios metapositivos como la Justicia y la arbitrariedad, y más aún si ellos eran empleados con la finalidad de enjuiciar, nada más ni nada menos que a la propia ley del Estado¹⁶.

¹³ No es posible dejar de observar que, “Durante la vigencia de la Constitución de 1833, la ley de Municipalidades de 1854 confirió al Consejo de Estado la facultad contencioso-administrativa de revocar los actos arbitrarios o acuerdos ilegales de esas corporaciones. Esa atribución la conservan respecto de las Municipalidades las Cortes de Apelaciones, mientras no se creen los Tribunales Administrativos a quienes corresponde por razón de la materia” Estévez Gazmuri, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949, p. 348.

¹⁴ Lamentablemente, la doctrina de la época no advirtió la importancia de la inclusión de la arbitrariedad como supuesto para reclamar ante los referidos Tribunales Administrativos. Así, por ejemplo, José Guillermo Guerra, en su célebre *La Constitución de 1925*, se muestra abiertamente partidario de suprimir la expresión “arbitrario” del artículo 87, pues “con ello la redacción sería suficiente” (Guerra, José Guillermo, *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Balcells, Santiago 1929, p. 464).

¹⁵ Véase: Dromi, Roberto, *El Derecho Público en la Hipermodernidad*, Hispania, Madrid, 2005, p. 49 y ss. López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Editorial Legis, Bogotá, 2004. Saenger Gianoni, Fernando y Bruna Contreras, Guillermo, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-1925*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 13 y ss. Bravo Lira, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1998.

¹⁶ Este planteamiento se advierte claramente cuando Nieto, en relación al surgimiento del criterio metalegal de la arbitrariedad, expone: “Sin minusvalorar la importancia de las consideraciones anteriores conviene advertir que el factor que probablemente más ha contribuido a la volatización del Derecho es el haber saltado de la legalidad para operar con criterios metalegales, sean lógicos o políticos. Es sorprendente que los juristas después de haber expulsado a la Justicia del Derecho y de haber intentado depurar a este de cuantos elementos se consideraban no jurídicos (de acuerdo a la aplicación estricta del positivismo jurídico y del llamado método jurídico, respectivamente), ahora haya aceptado sin resistencia ni crítica alguna el empleo de criterios de racionalidad, razonabilidad y no arbitrariedad para valorar la legalidad de las normas generales y de los actos singulares. En verdad que no se entiende bien cómo puede enjuiciarse un fenómeno legal con criterios ajenos a la legalidad. Este fue, en efecto, el argumento que se empleó para expulsar a la Justicia del mundo del Derecho y que ahora se olvida cuando se valora una sentencia, un acto administrativo y hasta una norma invocando, por ejemplo, que no es racional o razonable, siendo así que estos valores pertenecen al mundo de la lógica, de la psicología o de la política.” (Nieto García, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid 2007, p. 211 y 212).

Constitución de 1980

La Constitución de 1980 recoge –para bien o para mal– elementos que exorbitan del clásico positivismo –constitucional– chileno, entre ellos la referencia que efectúa a la arbitrariedad –y a su interdicción–, en cuatro oportunidades, cuales son las siguientes:

a) Igualdad ante la ley (art. 19 N° 2)

“**Art. 19.-** La Constitución asegura a todas las personas:

2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;”

b) No discriminación arbitraria por órganos del Estado en materia económica (art. 19 N° 22)

“**Art. 19.-** La Constitución asegura a todas las personas:

22°. La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Solo 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;”

c) Responsabilidad del Estado-juez (art. 19 N° 7 letra i)

“**Art. 19.-** La Constitución asegura a todas las personas:

7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

(...)

i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia;

d) Recurso de protección (art. 20)

“Art. 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, número 1º, 2º, 3º, inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libre elección y libre contratación...”

A la luz de los preceptos constitucionales antes transcritos, puedo concluir lo que sigue:

1º. No hay en la Constitución de 1980 ningún precepto que expresamente declare la interdicción de la arbitrariedad en términos amplios, esto es, respecto de todos los órganos del Estado y en relación a cualquier derecho y garantía reconocido por ella –y no ligado solo a la garantía de la igualdad ante la ley– (tal como acontece en España). Asimismo, cabe señalar que la doctrina como la jurisprudencia han tratado la arbitrariedad, pero aisladamente, en relación a los cuatro casos antes señalados, y si bien coinciden en su concepto¹⁷, en ellas no se advierte intento alguno en orden a otorgarle a la interdicción de la arbitrariedad un carácter general¹⁸ (salvo en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que veremos más adelante).

2º. En segundo lugar, en lo que respecta a la arbitrariedad del legislador –y su interdicción–, puedo señalar que ella está expresamente reconocida en la Constitución en relación a la garantía de la igualdad ante la ley (19 N° 2) y a su concreción en el plano económico (19 N° 22), en cuanto dispone que si bien la ley puede establecer diferencias, estas no deben ser arbitrarias, e implícitamente en relación a los derechos y garantías susceptibles de protección, enumerados en el artículo 20 –y siempre que se entienda que dicho recurso puede deducirse directamente en contra de la ley, cuestión doctrinariamente discutida–.

¹⁷ Es así como la doctrina ha observado que la arbitrariedad importa la “carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, falta de proporción entre los motivos y el fin o finalidad que alcanzar, ausencia de ajuste entre los medios empleados y el objetivo a obtener, o aun inexistencia de los hechos que fundamentan el actuar, o sea una actuación carente de fundamentación” (Soto Kloss, Eduardo, *El recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 189), en tanto que la jurisprudencia ha afirmado que ella se verifica en todo “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o el capricho” (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIV, Sec. 5ª, p. 262 y ss), o bien en aquel “contrario a la ética elemental o que no tenga una justificación racional” (*Revista de Derecho y jurisprudencia*, Tomo LXXXV, sec 5ª, p. 97).

¹⁸ Entre otros, véase: Fernández González, Miguel Ángel, *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 73 y ss. Valdés Prieto, Domingo, *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico*, Editorial LexisNexis, Santiago, 1992, p. 33 y ss. Rondini Fernández-Dávila, Patricia, *Responsabilidad patrimonial del Estado juez en Chile*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2008, p. 104 y ss. Carmona Santander, Carlos, *La responsabilidad del Estado-Juez. Revisión y Proyecciones*, *Revista de Derecho Público*, N° 66, p. 341 y ss.

5. Mecanismos de control de la arbitrariedad del legislador

Teniendo presente que, en una primera lectura, la arbitrariedad del legislador está proscrita al menos de forma expresa (y sin perjuicio de lo que sobre el particular se dirá más adelante) en relación a la garantía de la igualdad (Art. 19 N°s 2 y 22) e implícitamente en relación a los derechos y garantías susceptibles de protección (Art. 20) –con la prevención antes señalada–, preciso será analizar, aunque someramente, los mecanismos que dispuso la Constitución para su control y cuáles han sido sus resultados, me refiero, específicamente al recurso de protección y al requerimiento de inaplicabilidad –*por inconstitucionalidad*–.

a) Recurso de protección

El primer mecanismo para el control de la arbitrariedad del legislador es el recurso de protección –al menos en relación a las dos hipótesis en las que claramente la Constitución establece su interdicción y respecto de las cuales está reconocida dicha acción constitucional (art. 19 N°s 2 y 22)–, ya sea que se deduzca (a) directamente en contra de la propia ley –arbitraria–, o (b) en contra del acto arbitrario que se conforma plenamente a lo dispuesto por una ley igualmente arbitraria.

i) Recurso de protección deducido directamente en contra de la ley arbitraria –y, por tanto, inconstitucional–.

En el primer caso, la interposición del recurso de protección en contra de una ley arbitraria –y, por tanto, inconstitucional–, en el entendido que importa un “acto” para los efectos de lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución, constituye, a mi juicio, una posibilidad cierta, toda vez que el precepto constitucional señalado emplea dicho concepto en términos abiertos, amplios, sin limitaciones, y sabido es que donde el Constituyente no distingue no es lícito al intérprete hacerlo.

Lo anterior parece inferirse, asimismo, de las Actas de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Nueva Constitución, en las que consta que su propio presidente, Enrique Ortúzar, claramente sostuvo que la expresión acto “comprende no solo a los particulares sino que incluso podría comprender el día de mañana al Congreso, a una rama del Parlamento que, actuando fuera de la esfera de los mecanismos de generación de la ley, para cuyo efecto hay otros procedimientos, atentara contra ciertos derechos básicos de las personas”^{19 20}.

¹⁹ Actas de la Comisión de Estudio de Anteproyecto de la Nueva Constitución, Sesión 216, p. 6.

²⁰ A otra conclusión llega Silva Irujo, en cuanto señala: “Lo que queda claro de la CENC es que a través del recurso de protección, las Cortes de Apelaciones no pueden pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley que sustenta el acto administrativo, porque ello es competencia exclusiva de la Corte Suprema, que la ejerce a través del recurso de inaplicabilidad. También queda claro que el juicio iniciado por el recurso de protección habilita la interposición del recurso de inaplicabilidad, cada vez que se requiera

Parte de la doctrina ha manifestado esta misma opinión. En este sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss ha afirmado que “En otros términos, será posible interponer este remedio pronto y eficaz, reuniéndose todos los supuestos del Recurso de Protección frente a un acto legislativo inconstitucional (o que lo excediere la ley delegatoria, en el caso de un DFL), y ello de modo directo, sin que sea necesaria una gestión pendiente como en el caso de la inaplicabilidad del artículo 80 de la Constitución. Esto es, también este Recurso de Protección viene –aun si en la forma explicada– a ser una acción de amparo frente al agravio en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental ocasionado por un acto legislativo arbitrario = inconstitucional, o frente al exceso legislativo del DFL, en su caso”²¹. A lo que agrega: “Y esto ¡vaya que tiene importancia como medio de protección de los derechos de la persona!, pues no se requiere la vía dilatoria de un proceso para interponer la inconstitucionalidad de un precepto legal –como ocurría en la Constitución de 1925, art. 86 inc. 2º– o de alguna gestión –como dispone hoy el art. 80 de la Constitución de 1980– sino que permite acudir directamente al tribunal en demanda de amparo, para que se restablezca el imperio del Derecho y se asegure la debida protección al agraviado. (!) ¡Cómo se advierte aquí bien a idea de tutela, de amparo, de protección, que han querido instituir los constituyentes de 1976/80 con el Recurso de Protección, como asimismo de resguardo de la juridicidad del ordenamiento incluso a nivel de legislación!”²².

Lamentablemente, la Corte Suprema, tempranamente, sostuvo que a través del recurso de protección no es posible controlar la arbitrariedad –inconstitucionalidad– de la ley, “pues lo que se controvierte en este recurso son situaciones esencialmente fácticas, que alteren el orden jurídico, y en que lo único que procede decidir es si determinados hechos o actos atentan o no contra las garantías constitucionales específicas, lo que no ocurre si esos hechos o actos se encuentran expresamente autorizados por una ley que la autoridad considera vigente”²³, exponiendo, más adelante, que el mecanismo idóneo para ello no es otro que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Posición esta última que es apoyada por algún sector doctrinario. Entre ellos, Silva Irarrázabal, quien advierte que “El fin del recurso de protección es el amparo de algunas garantías fundamentales pero su procedencia es puesta en entredicho cuando a través suyo se impugnan actos administrativos legales. Esto porque entonces el reproche de inconstitucionalidad es imputable a la ley, y el juez ordina-

atacar la constitucionalidad de la ley, para que prospere el recurso de protección en contra del acto administrativo que la aplica correctamente.” Silva Irarrázabal, Luis Alejandro, *El control de constitucional de los actos administrativos legales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, 63 y 64.

²¹ Soto Kloss, Eduardo, *Recurso de protección*, Editorial Jurídica, Santiago, p. 326.

²² Soto Kloss, Eduardo, *Recurso de protección*, Editorial Jurídica, Santiago, p. 327.

²³ Sentencia de la Corte Suprema de 22 de diciembre de 1982.

rio en el procedimiento de protección carece de competencia para pronunciarse respecto de ella”²⁴; agregando luego que “En muchos casos, la ley se interpone entre la Constitución y el acto administrativo, y la protección de la garantía en cuestión queda condicionada precisamente a la inaplicabilidad del precepto legal. En aquellos casos en que el reproche de inconstitucionalidad del acto administrativo es imputable a la ley que lo habilita, el camino para garantizar los derechos de los ciudadanos es declarar la inconstitucionalidad de la ley para el caso concreto, a fin de remover el obstáculo que inhibe al juez de fallar favorablemente la acción de protección. Al menos así fue como lo concibieron los constituyentes”²⁵.

ii) Recurso de protección deducido en contra de acto arbitrario legal, que ejecuta una ley arbitraria –y, por tanto, inconstitucional–.

La segunda hipótesis posible es dirigir el recurso de protección en contra del acto arbitrario que ejecuta estrictamente una ley de igual calidad. Al respecto la jurisprudencia ha rechazado el recurso así deducido, en base a la legalidad del acto, olvidando de esta forma que la ley no es inmune a la arbitrariedad y que, por tanto, nada obsta para que ella pueda incurrir, igualmente, en este vicio. En otras palabras, tal como sostiene Silva Iruarrázabal: “Sentadas estas premisas, se entiende bien que nuestros tribunales rechacen los recursos de protección dirigidos en contra de los actos administrativos que ejecutan correctamente leyes de dudosa constitucionalidad. El rechazo de los recursos que tienen por objeto actuaciones administrativas legales inconstitucionales, es la consecuencia lógica del alcance que los tribunales dan al término “ilegales” del artículo 20 de la Constitución, y de la incompetencia que les afecta para declarar la inconstitucionalidad de la ley. (f) De esta manera, la persona afectada por un acto administrativo legal inconstitucional no tiene ninguna posibilidad de éxito recurriendo en contra de él por la vía de la protección”²⁶.

²⁴ Silva Iruarrázabal, Luis Alejandro, El control de constitucional de los actos administrativos legales, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 62.

²⁵ Silva Iruarrázabal, Luis Alejandro, El control de constitucional de los actos administrativos legales, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 62.

²⁶ Silva Iruarrázabal, Luis Alejandro, El control de constitucional de los actos administrativos legales, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 60. Quien en concreto observa: “... es generalmente admitido que el recurso de protección no procede en contra de las leyes. El vicio de inconstitucionalidad de las leyes vigentes y posteriores a la Constitución no puede alegarse a través de la acción de protección, entre otros motivos, porque existe un recurso específico para ese fin, que es el recurso de inaplicabilidad. (f) Sentadas estas premisas, se entiende bien que nuestros tribunales rechacen los recursos de protección dirigidos en contra de los actos administrativos que ejecutan correctamente leyes de dudosa constitucionalidad. El rechazo de los recursos que tienen por objeto actuaciones administrativas legales inconstitucionales, es la consecuencia lógica del alcance que los tribunales dan al término “ilegales” del artículo 20 de la Constitución, y de la incompetencia que les afecta para declarar la inconstitucionalidad de la ley. (f) De esta manera, la persona afectada por un acto administrativo legal inconstitucional no tiene ninguna posibilidad de éxito recurriendo en contra de él por la vía de la protección.”

b) Requerimiento de inaplicabilidad

Otro mecanismo para controlar la arbitrariedad del legislador es, por cierto, el requerimiento de inaplicabilidad, lo cual queda aun más en evidencia si se advierte que la arbitrariedad constituye en sí un vicio de inconstitucionalidad. Ahora bien, el análisis correcto de este punto exige distinguir entre la antigua y la nueva inaplicabilidad; la antigua, de carácter abstracto, de la que conocía la Corte Suprema, y la nueva, de carácter concreto, de la que actualmente conoce el Tribunal Constitucional.

6. La arbitrariedad del legislador y la antigua inaplicabilidad

La antigua inaplicabilidad, de la que conocía la Corte Suprema –hasta la reforma constitucional del año 2005–, constituía un control abstracto, en cuya virtud se determinaba si el precepto legal impugnado contrastado con la Constitución era o no contrario a esta²⁷, de ahí que se tratara de un control abstracto de constitucionalidad, razón por la cual la nomenclatura con la que habitualmente se le denominaba: “*requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional*” era particularmente acertada.

Pues bien, su incidencia en cuanto al control de la arbitrariedad del legislador fue, lamentablemente, muy reducido. Aquello, a mi juicio, se debió principalmente a dos razones. En primer lugar, a que el control que por esta vía se efectuó a la arbitrariedad del legislador estuvo ligado, solamente, a la garantía de la igualdad ante la ley, y no así a los demás derechos y garantías asegurados por la Constitución. En segundo lugar, a que desde el año 1995 (aproximadamente) la Corte Suprema sostuvo que el recurso de protección no podía ser considerado como gestión pendiente válida para la interposición del referido requerimiento de inaplicabilidad, impidiendo con ello el control de la arbitrariedad del legislador cuando esta se manifestaba a través de actos arbitrarios en contra de los cuales se había deducido aquel recurso (y que al ser legales, no obstante ser arbitrarios, tal recurso era, finalmente, rechazado)²⁸.

²⁷ En ese sentido la Corte Suprema sostuvo: “Si bien el recurso que establece el artículo 80 de la Constitución presenta una fisonomía estrictamente jurídica o de derecho estricto, lo que importa que para su resolución solo corresponde efectuar un análisis comparativo entre las disposiciones legales comunes objetadas y el precepto o preceptos de la Constitución que se reprocha que ellas vulnerarían, no es menos cierto que este recurso, por estar vinculado a una gestión o juicio determinado, está llamado a tener incidencia dentro de una realidad o relación jurídico-procesal objetiva, lo que lleva a poner de manifiesto que únicamente corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo de la inaplicabilidad planteada cuando las disposiciones legales objetadas de inconstituciones deben tener necesaria aplicación es estén precisamente destinadas a ser consideradas para la decisión de la materia en la cual incide el recurso” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, 2ª parte, Sec. 5ª, 1992, pp. 15 y ss.)

²⁸ En este sentido Saenger y Bruna señalan que: “Hasta 1994, 1995, el asunto se manejó en términos más o menos claros. Por lo demás, en las propias Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución había quedado expresamente establecido que el recurso de inaplicabilidad sería procedente en un recurso de

A modo de ejemplo de lo anteriormente señalado, tenemos el requerimiento de inaplicabilidad deducido en contra del artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales²⁹, que disponía que “Solo chilenos podrán ejercer la profesión de abogado” (precepto que impedía, en el caso concreto invocado, a un ciudadano argentino ejercerla en nuestro país, aun cuando los estudios los había realizado completamente en Chile), requerimiento que fuera rechazado por la Corte Suprema, ya que, sostuvo, la Constitución habilitaba, en su artículo 19 N° 16, al legislador para determinar, en relación a las profesiones, “las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas”, pudiendo para ello, conforme advierte la misma Carta Fundamental, “exigir la nacionalidad chilena (...) para determinados casos”³⁰.

La disidencia del ministro señor Enrique Cury, que comparto plenamente, sostuvo, en síntesis, que si bien la Constitución permite al legislador establecer requisitos para el ejercicio profesional, pudiendo para ello exigir la nacionalidad chilena, en el caso del ejercicio de la profesión de abogado, tal exigencia carece de razonabilidad y violenta la libertad de trabajo, consagrada en el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución, razón por la que, a su juicio, el precepto legal impugnado consultaba una arbitrariedad y el recurso debía ser acogido³¹.

protección. Así se indicó, por ejemplo, en las sesiones N° 286 y 288, de 1977. En este sentido, no puede dudarse que una protección es una “gestión”, de acuerdo al artículo 80 de la Constitución. (f) Cabe preguntarse, entonces: ¿qué hizo o qué ocurrió para que la Corte Suprema cambiara de parecer? (f) Cambios en su composición y una gran cantidad de recursos, con relación a las protecciones, le hicieron modificar su opinión, para articular y desarrollar una argumentación doctrinaria, destinada, en el fondo, a hacer prácticamente imposible la interposición y procedencia de una inaplicabilidad en relación con el recurso de protección. (f) Mediante estudiados planteamiento de orden jurídico, se ha señalado que lo único que la protección analiza es si el acto fue o no abusivo o ilegal, conforme a un determinado precepto. De este modo, la inaplicabilidad de un precepto sería inconducente, por cuanto pretendería que se hiciera un pronunciamiento sobre un precepto que no resuelve el asunto o gestión. (f) Este cambio doctrinario se ha manifestado en innumerables sentencias que, en los últimos años, han rechazado las inaplicabilidades relacionadas con recursos de protección.” (Saenger Gianoni, Fernando y Bruna Contreras, Guillermo, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*. Jurisprudencia 1980-1925, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 119 y 120).

²⁹ Sentencia recaída en la causa rol 543-1998, de 28 de agosto de 1998.

³⁰ El voto de mayoría, en lo medular sostuvo: “7°.- Que como se expresó en el fundamento 5°, al tratar de la libertad de trabajo y de su libre elección, el constituyente permitió una suerte de diferenciación o discriminación entre las personas al autorizar a la ley para exigir la nacionalidad chilena en determinados casos, de donde resulta absurdo que una ley que contenga tal exigencia pueda por tal motivo establecer una diferencia arbitraria que contravenga la garantía de igualdad ante la ley contemplada en el número 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Ello importaría algo contrario u opuesto a la razón, pues no puede concebirse que el constituyente haya aceptado la dictación de tal norma legal al tiempo de asegurar la libertad de trabajo y su elección, pero que la proscriba por atentatoria de la igualdad ante la ley estimando que establece una diferencia arbitraria entre las personas por exigir la nacionalidad chilena para un determinado caso, como ocurre con los artículos 521 y 526 del Código Orgánico de Tribunales; (f) 8.- Que, independientemente de lo expresado en el fundamento que antecede, esto es, sin considerar que el constituyente ha autorizado como norma legal que no establece una diferencia arbitraria aquella que exige la nacionalidad chilena para determinados casos, cabría tener presente que el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales, atendido su origen y la historia fidedigna de su establecimiento, según lo relacionado en el considerando 2°, no obedeció a un impulso caprichoso o antojadizo del legislador, sino a una justificación motivada y razonable, de donde resultaría impropio e injusto estimarla una norma arbitraria;”

³¹ La referida disidencia en lo medular planteó: “4°.- Que, sin embargo, no se divisa razón alguna vinculada a tales criterios u otros semejantes para prohibir al extranjero el desempeño de la profesión de abogado;

Cabe finalmente apuntar en relación a este interesante caso que si bien la Corte Suprema no advirtió, en el voto de mayoría, la arbitrariedad del legislador acusada, este último sí lo hizo cuando, al discutirse el proyecto de ley que modificó el referido artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales³² (Ley N° 20.211), sostuvo, claramente, que “La Comisión tuvo especialmente en cuenta que el proyecto apunta específicamente a resolver la situación de aquellos extranjeros que han cursado todos sus estudios de Derecho en nuestro país, han obtenido el grado académico de Licenciado y satisfacen los demás requisitos para obtener el título de abogado que otorga la Corte Suprema. El artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales los coloca en situación de desigualdad respecto de los chilenos que también lo han hecho, discriminación que resulta arbitraria, pues no se funda en la equidad ni en la razón”³³.

7. La arbitrariedad del legislador y la nueva inaplicabilidad

El nuevo requerimiento de inaplicabilidad, del que conoce actualmente el Tribunal Constitucional –desde el año 2005–, difiere sustancialmente del antiguo, pues no constituye un control abstracto (contraste de la norma legal impugnado con la Constitución), sino concreto, ya que exige determinar si la aplicación de un precepto legal en un preciso caso produce o no efectos contrarios a la Constitución, tal como expresamente lo dispone su artículo 93 N° 6.

Es por ello que el empleo de la nomenclatura “requerimiento de inaplicabilidad *por inconstitucionalidad*” para referirse a este nuevo requerimiento es profundamente desafortunada, toda vez que la inaplicabilidad de un precepto legal, por regla general, no se produce por su inconstitucionalidad; en otras palabras, pueden ser declarados inaplicables preceptos legales que –sometidos a un control en abstracto– son constitucionales (puesto que es posible reconocer al menos una interpretación de ellos que armonice con la Constitución). Por ello, planteo la conveniencia de emplear, para referirse a este, la expresión “requerimiento de inaplicabilidad” –sin hacer referencia a “*por inconstitucionalidad*”–, para así remarcar su carácter concreto y diferenciarlo de la acción de inconstitucionalidad, a través de la cual el Tribunal Constitucional efectúa el control represivo de la ley, en forma abstracta, en los términos previstos en el artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental.

sin perjuicio, claro está, de que se le exija demostrar una calificación suficiente para hacerlo, mediante una verificación de su idoneidad para ejercerla eficazmente; (f) 5°.- Que, por tales motivos, este disidente cree que, efectivamente, la exigencia de nacionalidad contenida en el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales para el ejercicio de la profesión de abogado, por su carácter arbitrario, es atentatoria en contra de la libertad de trabajo establecida en el artículo 19 N° 16 de la Carta Fundamental y que, consiguientemente, aquella disposición debe ser declarada inaplicable en el caso sometido a esta Corte por el recurso interpuesto en el caso de que se está conociendo, por tratarse de un precepto legal contrario a la Constitución.”

³² La redacción actual del precepto es la que sigue: “Artículo 526.- Los chilenos, y los extranjeros residentes que hayan cursado la totalidad de sus estudios de derecho en Chile, podrán ejercer la profesión de abogado.”

³³ Primer Informe de la Comisión de Legislación, Constitución, Justicia y Reglamento del Honorable Senado, de 27 de julio de 2007 (N° Boletín: 3477-07).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que, a mi juicio, si el precepto legal que se pide declarar inaplicable es inconstitucional, lo que precisamente sucede cuando aquel es arbitrario (arbitrariedad=inconstitucionalidad), su aplicación en un caso concreto siempre producirá efectos contrarios a la Constitución —a no ser que sea interpretado contradiciendo su texto—, razón por la cual, al resolver el requerimiento de inaplicabilidad deducido en su contra, el Tribunal Constitucional efectuará, en la práctica, ya no un control concreto de constitucionalidad de dicho precepto legal, como es propio de la inaplicabilidad, sino abstracto, razón por la que, para este solo caso, estimo acertado el empleo de la expresión “requerimiento de inaplicabilidad *por inconstitucionalidad*”.

Dicho lo anterior, corresponde desde ya destacar que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en sede de inaplicabilidad, se advierte un creciente e intenso análisis en relación a la arbitrariedad del Legislador —aunque, lamentablemente, hasta el momento, ligado solo a la garantía de la igualdad ante la ley—. A ello ha coadyuvado decisivamente, a mi juicio, el hecho que esta Magistratura, a diferencia de la Corte Suprema, haya considerado desde un primer momento al recurso de protección como gestión idónea para la interposición de dicho requerimiento (lo que ha permitido a los tribunales ordinarios controlar, en sede de protección, los actos arbitrarios, y al Tribunal Constitucional, en sede de inaplicabilidad, las leyes arbitrarias que les sirven de fundamento)³⁴.

En la referida jurisprudencia, en síntesis, puede advertirse: (a) la consagración de la interdicción de la arbitrariedad como un principio basal de la Constitución chilena, (b) el reconocimiento de las complejidades que importa al Tribunal Constitucional efectuar el control de la arbitrariedad del legislador, y finalmente, (c) diversos criterios para valorar la ocurrencia de dicha arbitrariedad. Veamos, a continuación, someramente cada uno de estos tres puntos.

a) Reconocimiento expreso de la interdicción de la arbitrariedad como principio general del Derecho Público chileno

Entre todas las sentencias en las que el Tribunal Constitucional directa o indirectamente ha tratado la arbitrariedad del legislador³⁵, sobresale, sin lugar a dudas, la Rol N° 804, cuya redacción correspondió al ministro señor Vodanovic.

El requerimiento de inaplicabilidad se dedujo en contra de los artículos del Código Sanitario (en especial su artículo 128³⁶) que establecen, en general, que en

³⁴ Véase inicialmente el Rol N° 523.

³⁵ Sobre ellas, véase el Anexo del presente trabajo.

³⁶ Este precepto legal dispone:

Art. 128. Solo en los establecimientos de óptica podrán fabricarse lentes con fuerza dióptrica de acuerdo con las prescripciones que se ordenen en la receta médica correspondiente.

los establecimientos de óptica podrán fabricarse lentes con fuerza dióptrica “de acuerdo con las prescripciones que se ordenen en la receta médica correspondiente” –e implícitamente que ello corresponde solo a los médicos–, salvo algunas contadas excepciones, preceptos legales que han impedido a profesionales no médicos, entre ellos los optómetras –profesionales universitarios con a lo menos cinco años de estudios que en otros países pueden prescribir gafas– extranjeros residentes en Chile, uno de los cuales recurre de protección –gestión pendiente–, realizar en nuestro país tales funciones.

El fallo rechaza el requerimiento de inaplicabilidad deducido, pero advierte que si bien el legislador puede establecer requisitos para el ejercicio de las profesiones, ello en caso alguno puede efectuarse en forma arbitraria, toda vez que la proscripción de la arbitrariedad es un “principio basal” de nuestra Carta Fundamental.

En efecto, en lo medular puede leerse:

“Vigésimo noveno: Que el numeral parcialmente transcrito reitera el principio de la libertad individual, que ilumina todo el texto constitucional, también en lo que se refiere a la libertad de trabajo, y prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Cabe destacar, en esta materia, que la norma constitucional refuerza el principio de exclusión de la arbitrariedad, prohibiendo “*cualquier discriminación*”, vale decir, toda diferenciación en materia laboral, sea cual fuere el motivo invocado, salvo que se base en la aptitud, talento, cualidad o adecuación de una persona para el buen ejercicio de algo o que la ley exija la nacionalidad chilena o límites de edad, aceptando ello en forma excepcional, pues indica que es solo para “*determinados casos*”. La norma constitucional aplica de modo íntegro principios basales de nuestra Carta Fundamental, tales como la libertad personal y la proscripción de la arbitrariedad”.

Como se observa, esta sentencia expresamente señala que el artículo 19 N° 16 de la Constitución aplica los principios basales de esta, uno de los cuales es, en opinión del Tribunal Constitucional, la proscripción de la arbitrariedad. En otras palabras, parafraseando al Tribunal Constitucional español, los preceptos positivos de la Constitución, respiran de la atmósfera que representan los principios generales de Derecho Público, que, más o menos visibles, subyacen en la Constitución, los cuales se erigen, por cierto, en un relevante criterio conforme al cual interpretar su articulado, principios entre los cuales se halla la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Los establecimientos de óptica podrán abrir locales destinados a la recepción y al despacho de recetas médicas en que se prescriban estos lentes, bajo la responsabilidad técnica de la óptica pertinente.

O sea, es posible inferir de este fallo que si bien en el texto expreso de la Constitución la proscripción de la arbitrariedad emerge tímidamente en los cuatro casos antes señalados, aquellos no son más que la punta mínima y visible del iceberg cuya parte sumergida subyace bajo todo precepto de la Carta Fundamental, en tanto es un “principio basal” de esta. Interdicción que, conforme puede colegirse de la amplitud con la que a ella se refiere el fallo, este entiende en términos tales que obliga a cualquier órgano del Estado, y lo hace en relación a cualquier derecho o garantía asegurados por la Constitución —y no solo en relación a la igualdad ante la ley—.

b) Complejidades del control de la arbitrariedad del legislador, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En cuanto al problema preciso que nos convoca, la arbitrariedad del legislador y su interdicción, sin duda, la sentencia más relevante es la Rol N° 1295 (caso Bomberos), cuya redacción corresponde, en conjunto, a los ministros señores Navarro y Carmona, toda vez que expone las complejidades que importa para el Tribunal Constitucional realizar el control de dicha arbitrariedad.

En efecto, conforme a dicha sentencia, tales complejidades son esencialmente tres: (1) buscar la motivación que ha tenido el legislador para introducir una nueva legislación (lo que importaría recurrir principalmente a la historia fidedigna de su establecimiento), bastando, eso sí, que exista y sea suficiente —se comparta o no—, (2) considerar tales motivaciones no en el contexto en el que tuvieron origen sino en el momento en el que se enjuicia la arbitrariedad de la norma, y finalmente, (3) constatar, solamente, que tales motivos para el establecimiento de la nueva legislación sean suficientes, coherentes y legítimos, y en caso alguno suplantarse o subordinarse la opinión del legislador a la de dicha Magistratura. Tales ideas, que constituyen los principios que el Tribunal Constitucional se ha fijado para realizar el control de la arbitrariedad del legislador, están contenidas claramente en el considerando 96° de la sentencia referida, cuyo tenor es el siguiente:

“Nonagésimo sexto: Que, enseguida, en este caso el Estado no discrimina arbitrariamente. El inciso segundo del artículo 19 N° 22 parte de la base de que el Estado discrimina, pues cuando concede un beneficio o impone un gravamen establece categorías o grupos. A unos les toca o afecta esa medida favorable o desfavorable, y a otros no. Eso es parte de la lógica con la que opera la política económica o de fomento que se quiere implementar. Lo relevante es que esa discriminación no sea arbitraria. Por lo tanto, hay que buscar la justificación, el motivo que explica y funda la medida. No se trata con ello de que exista una razón que convenza o persuada a todos. Lo relevante es que esa razón exista, sea suficiente y coherente con la decisión, y no sea ilegítima; se trata de justificar, no de obligar a creer en esas razones.

Ahora, la dificultad de analizar la arbitrariedad en el legislador radica en varios factores. En primer lugar, en determinar cuál es la justificación

de la regulación que establece. Esta no está explicitada en la ley misma, como sucede, en cambio, con los motivos de una sentencia, o con los fundamentos del acto administrativo que, cuando la ley lo establece, deben explicitarse en él. La ley no tiene una justificación en sí misma; solo tiene mandatos de hacer, no hacer o de permitir. La razón o justificación de ella hay que buscarla. Ello puede hacerse en la historia de la norma, es decir, en el mensaje o moción, en la discusión en sala o comisión, en los informes de comisión. Esto tiene el inconveniente de que un argumento puede no expresar más que la opinión de uno o más parlamentarios, pero no la del Congreso. De ahí la máxima prudencia que debe haber al escudriñar y determinar estos motivos. Estos no pueden ser determinados caprichosamente. Eso cambiaría la arbitrariedad del legislador por la del juez.

En segundo lugar, la dinámica de la sociedad hace que lo que el legislador puede haber considerado como un motivo legítimo, quede desfasado en el tiempo. Eso obliga a quienquiera examinar la justificación de una ley, a mirar otros factores de corrección que permitan una adecuación a la época en que la norma se aplica, como puede ser su inserción normativa y la visión sistémica del ordenamiento jurídico. De lo contrario, se produciría una petrificación, un predominio del legislador originario. Ello, sin embargo, no debe conducir a reemplazar el originalismo interpretativo por un activismo judicial inmoderado.

En tercer lugar, es importante partir de la base de que el legislador tiene un motivo cuando establece una normativa. El control del legislador por parte del Tribunal Constitucional no significa que esta Magistratura establezca sus propios parámetros y los contraste con lo que los legisladores establecieron. El control consiste, más bien, en examinar si estos parámetros existen, es decir, que puedan ser detectados; en determinar si son suficientes y si son coherentes con la regulación que se estableció; y señalar si son legítimos. De lo contrario, el organismo de control puede convertirse en un censor de las razones que llevan a los legisladores a regular³⁷.

³⁷ Esta última idea, que es particularmente relevante para el tema estudiado, en tanto responde a la crítica más habitual que se efectúa al control que el Tribunal Constitucional realiza a la arbitrariedad del legislador, es tratada con mayor detalles en los siguientes considerandos de la misma sentencia: "Vigésimo octavo: Que, como lo ha señalado esta Magistratura en diversas sentencias, el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, solo cuando el legislador excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que aquel haya incurrido (entre otros, STC 664/06. En el mismo sentido, entre otros, roles N^{os}. 231; 242; 465; 473; 541 y, recientemente, STC rol 786/07);

c) Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional en cuanto a la fijación de criterios para determinar la ocurrencia de la arbitrariedad del legislador

i) Jurisprudencia que ha acogido

1) Prisión preventiva-delitos tributarios (Rol N° 728)

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se dirigió en contra del artículo 163, letra f), del Código Tributario, anterior a la entrada en vigencia

Vigésimo noveno: Que dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que *"La Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquel del Parlamento. Solo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución"* (Vid. David Dokhan, Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs", 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, especialmente páginas 450 y siguientes). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: *"La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad"*. En el mismo sentido, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en "50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán", Jürgen Schwabe, 2003, p. 92);

Trigésimo: Que de este modo a esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos y proporcionales a los fines perseguidos (STC rol 797/07). Así, por ejemplo, se ha señalado que un determinado precepto *"obedece a una decisión de política legislativa específica, en el marco ya reseñado, que establece una diferencia que, por tener fundamento racional, no puede ser calificada de arbitraria"* (Rol N° 811/07). Además, se ha sentenciado que *"el Tribunal no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas. Solo debe resolver si se ajustan o no a las normas, valores y principios constitucionales. De una parte, debe velar porque la ley o el decreto no vulneren los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de las funciones públicas que le corresponden al Congreso Nacional, al Presidente de la República o a los Tribunales de Justicia. En el ejercicio de esta facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la ley efectivamente no vulnere los límites constitucionales. El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo"* (STC rol 896/07);

Trigésimo séptimo: Que sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la eventual arbitrariedad del legislador, es preciso señalar que sobre esta materia se ha resuelto que *"para el logro de la finalidad lícita de prevenir la comisión de ciertos delitos, el legislador ha empleado un medio que debe considerarse idóneo. Este consiste en asignar a los responsables de aquellos ilícitos de la categoría que se quiere prevenir especialmente que queden en estado de tentativa o sean frustrados, las penas asignadas a los delitos consumados. De ese modo, el legislador, para conseguir el abatimiento de ciertos ilícitos, escoge privar a los responsables de ellos de la disminución de las penas que generalmente reconoce a los que quedan en estado de tentativa o frustración. Podrá dudarse si el medio empleado es el más adecuado o idóneo. Podrá discutirse si no había otros más aptos para alcanzar igual finalidad, pero no es irracional y se encuentra dentro de los márgenes de estimación propios del legislador suponer que logrará disminuir la frecuencia de ciertos delitos al privar a los responsables de aquellos que no alcanzan a consumarse de un beneficio que asigna para los restantes casos. A esta Magistratura no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad que se apreciará en el considerando que sigue"* (Rol 797);"

de la Ley N° 19.806³⁸, en cuanto establecía que en relación a delitos tributarios la libertad provisional podía obtenerse solo en la medida que se solventara una fianza equivalente al 30% de los impuestos evadidos.

El Tribunal Constitucional advirtió que tal diferencia en relación a procesados por otros delitos importaba una discriminación carente de fundamento, por lo que debía ser considerada arbitraria. En efecto, en lo medular sostuvo:

“**Décimo:** Que, como es fácil colegir, el derecho a la libertad provisional de un procesado por un delito tributario como el descrito, se ve severamente limitado y coloca al afectado en una situación de manifiesta desigualdad respecto de los inculpados de delitos de otra especie –de similar o mayor gravedad–, sin que esta discriminación aparezca revestida de fundamentos que excluyan su arbitrariedad;”

2) *Abogado de turno –inconstitucionalidad– (Rol N° 1254)*

El requerimiento de inconstitucionalidad se dedujo en contra del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales³⁹, en cuanto disponía la gratuidad de la carga pública personal de los abogados consistente en servir el turno.

³⁸ El tenor del precepto legal impugnado es:

“Cuando proceda la excarcelación, el Juez fijará el monto de la fianza. En los casos a que se refiere el inciso segundo del número 4° del artículo 97, la fijará en una suma no inferior al 30 por ciento de los impuestos evadidos, reajustados en la forma prevista en el artículo 53, y de acuerdo a la estimación que de ellos se haga por el Servicio de Impuestos Internos. La excarcelación se otorgará y la fianza se rendirá de acuerdo a los incisos segundo y tercero del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, cualquiera que sea la pena asignada al delito.

Sin embargo, en los casos a que se refiere el inciso tercero del N° 4° del artículo 97, la excarcelación procederá de acuerdo con las reglas generales, pero se exigirá, además, caución y no se admitirá otra que no sea un depósito de dinero de un monto no inferior a la devolución indebidamente obtenida, según los antecedentes que presente el Servicio de Impuestos Internos. Sobre este monto, el Tribunal fijará los reajustes e intereses que procedan”.

³⁹ El precepto legal impugnado es el siguiente:

“Art. 595. Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.

En la misma forma y para los mismos fines harán los jueces de letras a quienes se refiere el inciso precedente, las correspondientes designaciones de procuradores y receptores.

Cuando alguna persona que goce del privilegio de pobreza no pueda ser servida por los abogados, procuradores o receptores nombrados, el juez de letras podrá designar un abogado, un procurador o un receptor especial que la sirva.

En las comunas o agrupaciones de comunas en donde hubiere dos o más jueces de letras, hará las designaciones generales prevenidas en los dos primeros incisos de este artículo, el más antiguo, y las especiales del inciso precedente el que conociere del negocio en que han de aplicarse.

Las designaciones generales de abogados, procuradores y receptores de turno deberán hacerse por las Cortes de Apelaciones para el territorio jurisdiccional en que estas tengan su residencia.”.

El Tribunal Constitucional sostuvo, entre otros razonamientos, que la gratuidad de la referida carga importaba una discriminación arbitraria. En efecto, en lo modular señaló:

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

Sexagésimo primero: Que la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador –la gratuidad– sin duda se transforma en gravoso, máxime si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender numerosos asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que se tornará en una situación imposible de acometer, y aun de ejecutar de manera satisfactoria e idónea, más todavía si se tiene presente que la obligación se mantendrá hasta el término efectivo del juicio, lo que importará un largo período de tramitación. Como se aprecia, para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no están en condiciones de procurársela por sí mismos, el legislador puede emplear el medio –por cierto excepcional y supletorio– de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional. Así, tal carga de gratuidad no aparece ni se justifica como un medio necesario para alcanzar el fin constitucional perseguido;

Sexagésimo quinto: Que, como puede apreciarse, el fin perseguido por el legislador de dar asistencia jurídica gratuita no solo resulta constitucionalmente lícito sino también debido. Por su parte, el instrumento, consistente en establecer una carga, es idóneo para cumplir dichos fines. Sin embargo, si se impone gratuitamente, se transforma irremediablemente en un medio desproporcionadamente gravoso, desde el momento que el fin perseguido no exige ni supone que el abogado deba desempeñarse sin retribución alguna. Y ello, porque la obligación se radica en el Estado y no en los abogados. El Estado, entonces, puede satisfacerla transfiriéndola a los abogados (bajo el sistema de defensorías e incluso del turno, como en la especie), pero no es necesario ni lícito desde un punto de vista constitucional que se les imponga sin retribución, tal como lo señala el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales;

Sexagésimo sexto: Que de todo lo señalado se desprende que la gratuidad del turno establecida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, considerada en abstracto, infringe objetivamente la igualdad ante la ley y en particular la prohibición de discriminar arbitrariamente, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental y así se declarará;”

ii) Jurisprudencia que ha rechazado

1) Bomberos (Rol N° 1295)

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se dedujo en contra de los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 1.757, de 1977⁴⁰, en cuanto establecen un gravamen para las compañías de seguros que cubren incendios, a efectos de solventar los costos de accidentes, muertes o lesiones de voluntarios del Cuerpo de Bomberos.

El Tribunal Constitucional sostuvo que la imposición de dicho gravamen no importaba ninguna arbitrariedad, toda vez que el legislador tuvo motivos para ello, los cuales califica de suficientes, existe una vinculación lógica entre los motivos y la legislación impugnada, y tales motivos son lícitos. En efecto, en lo medular sostuvo:

“Centésimo quinto: Que la medida, por tanto, no puede ser calificada de arbitraria, pues el legislador tuvo motivos para establecerla; estos son suficientes; existe una vinculación lógica entre estos motivos y la regulación; y estos son, finalmente, lícitos;”

⁴⁰ El tenor del precepto legal impugnado es:

“Artículo 3°.- Los beneficios que este decreto ley concede, serán de cargo de las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio, a prorrata de las primas directas en ese riesgo, en el semestre inmediatamente anterior a la fecha en que deban efectuarse los pagos. En caso de incumplimiento de esta obligación, la Superintendencia de Valores y Seguros podrá aplicar las sanciones establecidas en el artículo 27 del decreto ley N° 3.538, de 1980, a las entidades aseguradoras y mutualidades infractoras.”

“Artículo 4°.- La Superintendencia de Valores y Seguros cobrará a las entidades aseguradoras, en cada oportunidad, las cuotas de prorrato; pagará los beneficios que concede este decreto ley; cotizará y contratará por cuenta de los voluntarios o sus beneficiarios, según corresponda, rentas vitalicias en compañías de seguros de vida, conforme lo señalado en las letras c) y d) del artículo 1° de este decreto ley, y proveerá a las instituciones que se mencionan en el artículo siguiente, de los fondos necesarios para los efectos contemplados en este decreto ley.

La Superintendencia de Valores y Seguros establecerá la forma y oportunidad en que se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios contemplados en este decreto ley y podrá suspender el pago de estos cuando determine, fehacientemente, el incumplimiento de tales requisitos. Para estos efectos, dicha Superintendencia dictará una norma de carácter general previa consulta a la Junta Nacional de Cuerpos de Bomberos de Chile, la que deberá ser publicada en el Diario Oficial.”

2) *Reajustes de pensiones (Rol N° 790)*

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se dedujo en contra de los artículos 4° de la Ley N° 18.549 y 29 de la Ley N° 18.669, los cuales, en síntesis, disminuyeron el reajuste de pensiones en función a la edad y cantidad, durante los años 1986 y 1987, para “moderar el gasto fiscal”.

El Tribunal Constitucional sostuvo que la distinción efectuada por dichos preceptos legales se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionados, habida cuenta de la situación de hecho en que se encontraban las finanzas públicas del país a esa fecha, la finalidad de la ley (moderar el gasto fiscal) y, particularmente, el hecho de que los bienes y derechos afectados por ella en relación a los pensionados no podían ser entendidos como adquiridos, razones todas ellas por las cuales estima que los referidos preceptos legales no pueden ser considerados arbitrarios. En efecto, en lo medular sostuvo:

“Vigésimo cuarto: Que, al tenor de lo precisado y, especialmente, teniendo presente la historia legislativa de los preceptos impugnados en esta oportunidad, no puede calificarse de arbitraria una medida que, como la reflejada en los artículos 4° de la Ley N° 18.549 y 29 de la Ley N° 18.669, tuvo por objeto “moderar en el gasto fiscal” una consecuencia presupuestaria de envergadura como la necesidad de destinar 9 mil quinientos millones de pesos al reajuste de pensiones desatendiendo, en caso de pagarse íntegra esa cantidad, otras políticas y programas sociales en que el Estado se encontraba comprometido. Lo anterior no solamente resulta ajustado a la razón, pues el Estado tiene el deber de “*contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible*”, según ordena el artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución, sino que constituye un fundamento dotado de suficiente objetividad, pues las dificultades presupuestarias por las que atraviesa cualquier Estado suelen estar rodeadas de adecuada cobertura informativa, de modo que pueden ser fácilmente conocidas por toda la población;

Vigésimo quinto: Que, desde esa misma perspectiva, la finalidad perseguida por el legislador, en el caso de los preceptos legales reprochados, resulta adecuada y necesaria, pues no parece posible beneficiar integralmente a un sector de la población sobre la base del sacrificio de otros que también requieren atención de parte de un Estado que es esencialmente subsidiario en nuestra concepción constitucional.

(...)

Vigésimo sexto: Que, habiéndose descartado que pueda considerarse arbitraria la diferencia impugnada en razón de su finalidad, cabe ahora, en

conformidad a lo razonado en el considerando vigésimo segundo, examinar si la diferencia establecida resulta ser un instrumento idóneo o adecuado al logro del fin perseguido. Al respecto, debe concluirse que la diferencia resulta razonable desde esta perspectiva, pues, para lograr la finalidad de moderar el gasto fiscal e ir mejorando las pensiones más bajas de las personas de mayor edad, no resulta irracional o injustificado establecer un sistema de reajuste que diferencie sobre la base de criterios de edad y monto de las pensiones, estableciendo escalas decrecientes de reajuste según aumente el monto de las pensiones a reajustar y disminuya la edad del pensionado. Ambos criterios se avienen con la finalidad de moderar el gasto público y con criterios de justicia distributiva;

Vigésimo séptimo: Que, por último, y atendido lo razonado en el considerando vigésimo primero, la razonabilidad de la diferencia también exige de la proporcionalidad, pues, como allí se estableció, el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional y, por ende, intolerable para quien experimenta tal diferencia. Al respecto, estos sentenciadores estimarán que la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionados, habida cuenta de la situación de hecho en que se encontraban las finanzas públicas del país a esa fecha, la finalidad de la ley que ya ha sido analizada y, particularmente, el hecho de que los bienes y derechos afectados por ella, que se traducen en el reajuste futuro de las pensiones, no pueden, en conformidad al derecho chileno, y según se razonará más adelante, ser considerados como propiedad o derechos adquiridos del pensionado, sino como meras expectativas;”

3) *Lesión enorme (ventas forzadas) (Rol N° 1204)*

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se dedujo en contra del artículo 1891⁴¹ del Código Civil, en cuanto dispone que la institución de la lesión enorme no tiene cabida en las ventas forzadas.

El Tribunal Constitucional consideró que las diferencias que dicho artículo importa en relación a las ventas que no tienen ese carácter, no son irracionales ni contrarias a la razón, por lo cual concluye no importa arbitrariedad alguna. En efecto, en lo medular sostuvo:

⁴¹ El precepto legal impugnado es el siguiente:
“Artículo 1891. No habrá lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por el ministerio de la justicia”.

“**Decimotercero.** Que en la medida que la enajenación de un bien por medio de un proceso de carácter ejecutivo es una venta forzada, es obvio concluir que el objeto de regulación de la norma sobre enajenación no es el mismo que en una venta voluntaria, por lo que no resultarán aplicables todas las reglas generales del acto jurídico, entre ellas todas las referidas directa o indirectamente a la voluntad del vendedor, entre las cuales se encuentra su concurrencia a la celebración del contrato y su aquiescencia a la fijación del precio y las condiciones de su pago. Es por ello que en el artículo 671, inciso tercero, del Código Civil, se señala que “*en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante legal*”.

En este sentido no existe violación a la garantía de la igualdad ante la ley, pues el legislador establece la diferencia de trato en función del derecho de los acreedores y en función de la ejecución forzada, lo que no resulta arbitrario y está amparado por motivos de orden público, seguridad jurídica y tutela de intereses patrimoniales surgidos de la libertad contractual. Cabe resaltar que estamos en presencia de una norma de carácter general, que cumple con los estándares de idoneidad, necesidad y proporcionalidad respecto de la finalidad buscada, además de permitir al deudor ser oído y aportar antecedentes.

Precisado lo anterior y entendiendo por discriminación arbitraria siempre una diferencia irracional o contraria a la razón, no cabe considerar que en el caso sub lite nos encontremos frente a un caso de discriminación arbitraria, ya que toda diferenciación o distinción realizada por el legislador revestirá tales caracteres cuando aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; de lo contrario se estarían fijando límites a la autonomía del legislador que no tienen fundamento constitucional;”

4) *Reformatio in peius en la casación en el fondo penal regida por el antiguo sistema (Rol N° 1250)*

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se dedujo en contra del artículo inciso primero del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal⁴², que admite la institución de la *reformatio in peius* en la casación en el fondo en materia penal, bajo el argumento que ello importaría una diferencia arbitraria

⁴² El precepto legal impugnado es el siguiente:

“Art. 548 inciso 1º: En los casos en que la Corte Suprema acoga el recurso deducido en interés del reo, podrá aplicar a este, como consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autoriza, una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada”.

en relación a quienes se les aplica el nuevo proceso, toda vez que este último no la consulta.

El Tribunal Constitucional consideró que no habría en la coexistencia de ambos regímenes vulneración alguna a la igualdad ante la ley –ni arbitrariedad–, pues el mismo Constituyente ha validado expresamente las diferencias que de ello se derivan, en conformidad a lo previsto en la disposición 8ª transitoria de la Constitución. En efecto, en lo medular sostuvo:

Décimo: Que el segundo motivo de impugnación constitucional contra la norma reprochada el requirente lo hace residir en su contradicción con la garantía de la igualdad ante la ley, consagrada en el numeral 2º del artículo 19 constitucional. Ello por cuanto tal disposición legal permite la *reformatio in peius* en la casación de fondo en materia penal, en tanto para el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal el inciso tercero del artículo 360 del Código Procesal Penal la excluye cuando la sentencia solo hubiere sido recurrida por uno de los intervinientes;

Undécimo: Que la disparidad de predicamentos normativos exhibidos en esta materia por uno y otro sistema de procedimiento penal, en apariencia insostenible de cara a la garantía de igualdad ante la ley, resulta sin embargo perfectamente acorde con nuestra preceptiva fundamental, toda vez que la Disposición Octava Transitoria de la Constitución expresamente previó y autorizó la simultaneidad de la vigencia temporal en el país de ambos sistemas de enjuiciamiento penal, por lo que a los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia del nuevo sistema procesal en la respectiva región se les sigue aplicando el procedimiento antiguo, sin perjuicio de que a los acaecidos con posterioridad a dicha vigencia se les aplique el nuevo. No hay en tal coexistencia de regímenes nada que, en concepto del constituyente, vulnere la igualdad ante la ley en todo lo que uno y otro sistema puedan diferir y, en concreto, difieran. Por ello cabe también desestimar este capítulo de impugnación de la norma legal cuestionada.

5) Nulidad juicio oral (Rol Nº 986)

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se dedujo en contra del artículo 387 del Código Procesal Penal⁴³, en cuanto dispone que no será sus-

⁴³ El precepto legal impugnado es el siguiente:
Artículo 387.- Imprudencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código. Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.

ceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realice como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad.

El Tribunal Constitucional señaló que la diferencia que dicha disposición establece tiene fundamentación, es legítima su causa como su finalidad y guardan coherencia los medios con los fines, razones todas ellas que lo llevan a concluir que no es arbitraria. En efecto, en lo medular sostuvo:

Trigésimo tercero: Que, a efectos de establecer el límite entre lo arbitrario y la discrecionalidad, cabe señalar, en primer lugar, siguiendo a la doctrina, la distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, es decir, lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de lo que, por el contrario, “cuenta con el respaldo –mayor o menor, mejor o peor, es otra cuestión– de una fundamentación que lo sostiene” (Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón: *Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Jurisdiccional*, Palestra Editores, 1ª edición, Lima, marzo 2006). Así, 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 primera 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.

Acotando lo ya expuesto, es un lugar común sostener que toda discriminación fundada en raza, sexo o clase es contraria a derecho;

Trigésimo cuarto: Que, en mérito de lo considerado precedentemente, este Tribunal desestimaré la infracción denunciada por el requirente, toda vez que no se vislumbra violación a la conceptualización de la igualdad ante la ley antes formulada;

8. Proyecciones

a) La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en Chile

Si bien la Constitución chilena no proscribiera abiertamente la arbitrariedad de los poderes públicos en forma análoga a como lo efectúa el artículo 9.3 *in fine* de la Constitución española, ello no significa necesariamente que no lo haga.

Veamos. La Constitución de 1980 se refiere a la arbitrariedad en cuatro oportunidades (a las cuales ya me refiriera en el N° 4 de este trabajo), estableciendo directa o indirectamente su interdicción en esas hipótesis. A la luz de lo anterior cabe preguntarse si en los casos no comprendidos expresamente en ellas está o no interdicta igualmente la arbitrariedad.

Sabido es que la Constitución debe ser interpretada conforme a un sistema hermenéutico propio, que advierta sus singularidades y que, por tanto, es sustancialmente diferente a aquel aplicable a la ley. En este sentido, son muchos los criterios de hermenéutica constitucional que la doctrina, pero especialmente el Tribunal Constitucional, han elaborado. De ellos merece destacarse el criterio del “todo armónico”, conforme al cual la Constitución debe interpretarse como un todo, de tal suerte que no es pertinente la interpretación que dote de fuerza a uno de sus preceptos y se lo reste a otros, sino que debe preferirse aquella interpretación que confiera fuerza interpretativa a todos y a cada uno de ellos. Por tanto, aplicar el referido criterio hermenéutico en el problema que nos convoca, nos exige –en sentido figurado– armar “puentes” entre los preceptos constitucionales antes citados –que se refieren claramente a la arbitrariedad y a su interdicción–, para determinar así el principio basal que al respecto subyace bajo la Carta Fundamental.

En este contexto, no puedo dejar de observar tres ideas que se infieren, con nitidez, de los cuatro preceptos constitucionales antes señalados:

(a) De ellos es posible colegir que pueden incurrir en arbitrariedad todos los órganos del Estado, entre ellos, por cierto, el legislador. En efecto, la interdicción de la arbitrariedad que ellos efectúan está referida expresamente a “la ley” (art. 19 N° 2 y 22) –o sea, al legislador–, a la “autoridad” (art. 19 N° 2), al “Estado y sus organismos” (art. 19 N° 22), e implícitamente al Poder Judicial (art. 19 N° 7 letra i) y a cualquiera de ellos (art. 20).

(b) Para la Constitución, la arbitrariedad –y su interdicción– no solo está referida a la garantía de la igualdad ante la ley (o a su derivación en materia económica: la no discriminación del Estado y sus organismos en esa esfera), sino que, igualmente, a aquellos derechos y garantías respecto de los que tiene cabida el recurso de protección (art. 20) –los cuales, en efecto, según previene, pueden ser privados, perturbados o limitados por actos arbitrarios–, no existiendo razón alguna, a mi juicio, para sostener que tal predicamento no pueda hacerse extensivo respecto de los restantes derechos y garantías asegurados por la Carta Fundamental –esto es, que puedan ser afectados por actos arbitrarios–, sin perjuicio que el referido recurso no proceda en relación a estos.

(c) La Constitución entiende que la interdicción de la arbitrariedad está recogida en sede suprallegal, es decir, que está reconocida en un precepto positivo de la Constitución o como principio general de Derecho Público (al cual se ha de conformar, por cierto, la misma Constitución). En efecto, obsérvese que el artículo 20 de la Constitución, luego de advertir que el recurso de protección procede respecto de actos u omisiones ilegales o arbitrarios, establece que la Corte de Apelaciones respectiva adoptará las providencias que juzgue necesarias para restablecer *el imperio del derecho*. En relación a la acción u omisión ilegal lo lógico habría sido que la Constitución consultara como remedio el restablecimiento del *impe-*

rio de la ley, pero como el Constituyente tuvo que contener, además, en la fórmula que empleara el antídoto contra la arbitrariedad, optó por la expresión *imperio del derecho*, dejando de manifiesto que Derecho no es sinónimo de ley, que esta última puede incurrir en arbitrariedad y que su proscripción se haya recogida en normas positivas de rango supralegal –constitucionales– o bien como principio general del Derecho Público (que como tal subyace en la Constitución).

De todo lo anterior concluyo que la proscripción de la arbitrariedad, es un principio general de Derecho Público chileno o una norma implícita de nuestro ordenamiento constitucional, que tiene el carácter de base de la institucionalidad o principio basal de la Constitución. Asimismo, sostengo que la interdicción de la arbitrariedad afecta a todos los órganos del Estado y que no está referida solo a la garantía de la igualdad ante la ley, sino que a todos los derechos y garantías asegurados por la Constitución. Conclusión esta que, por cierto, es coincidente con aquella esbozada por el Tribunal Constitucional, en el Rol N° 804, al cual me he referido anteriormente: la interdicción de la arbitrariedad es un “principio basal” de la Constitución.

b) Limitaciones inconstitucionales impuestas al Tribunal Constitucional por su nueva Ley Orgánica Constitucional, para efectuar el control de la arbitrariedad del legislador, en sede de inaplicabilidad, en términos amplios como los señalados

La nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional⁴⁴ estableció, en su artículo 47 B, como requisito para la admisión a trámite del requerimiento de inaplicabilidad, entre otros, “la indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”. En efecto, dicho precepto legal dispone:

Artículo 47 B.- El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, **con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.**

Este requisito, establecido por ley, es, a mi juicio, inconstitucional. Ello porque la Constitución entiende que la inaplicabilidad tiene lugar cuando la aplicación de un precepto legal en un caso concreto “resulte contraria a la Constitución” (art. 93 N° 6), pudiendo serlo cuando contradice uno de sus preceptos o un principio que subyace en ella; en tanto que el referido artículo 47 B, antes trans-

⁴⁴ Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, adecuada por la Ley N° 20.381 (DO: 28.10.2009) a los imperativos de la reforma constitucional introducida mediante la Ley N° 20.050.

crítico, parece entender que tal contradicción debe estar referida exclusiva y excluyentemente a una disposición precisa de su articulado.

Los perniciosos efectos de este artículo 47 B se advierten con nitidez precisamente en relación al control que de la arbitrariedad del legislador puede efectuar, en sede de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional. En efecto, conforme a lo dispuesto en la Constitución en su artículo 93 N° 6, podría alegarse como contraria a la Constitución aquella aplicación que en un caso concreto contraría, en primer lugar, lo previsto en texto expreso de la Constitución en relación a la interdicción de la arbitrariedad del legislador (arts. 19 N° 2 y 22), o bien, en segundo lugar, lo que implícitamente establece sobre el particular, en el entendido que la interdicción de la arbitrariedad es un principio basal de la Constitución, y en esa medida afecta a cualquier órgano y lo realiza en relación a cualquier derecho o garantía asegurado por ella; mas el referido artículo 47 B, al exigir “la indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas”, reduce dicho control a la primera hipótesis, obstando, definitivamente, la segunda.

La crítica que he realizado al artículo 47 B de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, no fue considerada por el voto de mayoría de la sentencia de dicha Magistratura a través del cual efectuó su control preventivo de constitucionalidad, Rol N° 1288, más el voto particular del ministro señor Mario Fernández Baeza sí lo hizo, tal como puede leerse a continuación⁴⁵:

c) Improcedencia de exigir la indicación de las normas constitucionales vulneradas para el cotejo de constitucionalidad, especialmente para ejercer la acción de inaplicabilidad: artículo 47 C, declarado por este voto como inconstitucional, por contravenir el artículo 93, número 6° e inciso undécimo, de la Constitución.

(...)

En el número 6°, por último, el Tribunal está llamado a resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte “*contraria a la Constitución*”. En el texto constitucional respecto de la mayoría de estas atribuciones, la tarea del tribunal encuentra su punto de referencia en **la Constitución**, sin exigir focalizarla en determinadas normas de ella o en problemas específicos, como sí ocurre con las atribuciones de los números 11°, 12°, 13°, 14° y 15°.

(...)

⁴⁵ Sentencia Rol N° 1288, p. 115 y ss.

25. Especialmente elocuente de lo señalado en el considerando anterior es el inciso undécimo del artículo 93, destinado a establecer los requisitos para declarar la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por una de las salas del Tribunal.

Pudiendo hacerlo, la norma no exige invocar una norma constitucional específica que pueda ser vulnerada por el precepto impugnado, como tampoco presentar el resultado contrario a la Constitución explicitando las normas de esta en juego en tal conflicto. En efecto, la admisibilidad se declarará *“siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda ser decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley.”* La única norma que se exige identificar claramente es, obviamente, el precepto impugnado, dado que en él reside la acción que se interpone.

Extender la interpretación del requisito *“fundado razonablemente”* a la exigencia de identificar la norma constitucional vulnerada es abusar de los límites interpretativos de esta Magistratura, sin perjuicio de vulnerar el texto y espíritu de la Constitución como se explica en considerandos posteriores de este voto particular.

26. Las consecuencias que la interpretación extensiva mencionada, junto con la aplicación del inciso primero del artículo 39 de la LOCTC en el sentido que nos ocupa, son sustantivas para la acción de inaplicabilidad. En efecto, si se agrega por analogía el requisito de mencionar la norma constitucional vulnerada, bajo la categoría de la razonabilidad, se estaría adelantando a la fase de admisibilidad un criterio jurisdiccional que a esta Magistratura le corresponde ejercer al conocer el fondo del asunto planteado. Si se acepta la expectativa de definir a la Constitución como un todo coherente de normas y si el mandato constitucional es dilucidar si la aplicación de un precepto legal resulta contraria a *la Constitución*, como lo dice la Constitución, será el tribunal el competente para dirimir cuál, cuáles o qué combinación de normas constitucionales se ven lesionadas por el precepto impugnado, sin perjuicio de los razonamientos esgrimidos en la acción. Exigir que el requirente elija la norma constitucional vulnerada por el precepto que impugna, significa reducir el rol del Tribunal Constitucional y restringir indebidamente la esfera de su amplitud analítica respecto del caso. Prácticamente se le entrega al requirente que determine el conflicto, para que el Tribunal diga sí o no. Tal lógica altera la especialísima naturaleza de la jurisdicción constitucional, diversa a la jurisdicción judicial, llamada a intervenir en conflictos concretos entre intereses de las partes, sustentados en lo que ellas entienden respaldado por los preceptos que constituyen la litis.

(...)

28. (...)

En nuestra opinión, según los argumentos ya entregados, bastaría con exigir al requirente que señale el vicio de constitucionalidad que observa en la eventual aplicación del precepto impugnado. Una sustentación razonable de tal aspiración lo obliga a identificar no solo normas sino principios constitucionales en juego, sin que tal argumentación reemplace el trabajo que le compete al Tribunal, que es tener presente *la* Constitución, como mandata el número 6º del artículo 93 de la Constitución.

c) Complementariedad entre el recurso de protección y el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como mecanismo para controlar actos arbitrarios amparados en leyes arbitrarias –y, por tanto, inconstitucionales–

Por último, cabe reiterar que un buen antídoto contra la arbitrariedad del legislador es, por cierto, la complementariedad entre el recurso de protección y el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que el primero puede ser dirigido en contra del acto arbitrario –que ejecuta una ley arbitraria–, y como aquel, conforme ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es una gestión válida para la interposición del requerimiento de inaplicabilidad, a través de este último puede impugnarse la arbitrariedad –e inconstitucionalidad– de la ley que le sirve de sustento. Así se evita, de ser acogido el requerimiento de inaplicabilidad, que el recurso de protección sea rechazado por ser el acto arbitrario legal, conforme ha sido la clásica jurisprudencia de nuestros Tribunales al respecto.

En sentido igualmente favorable a esta complementariedad entre el recurso de protección y el requerimiento de inaplicabilidad, Silva Irrarrázabal ha señalado que ella “asegura la eficaz protección de las garantías constitucionales aun frente a las actuaciones de la Administración consistentes con la ley, pero que tienen un reproche de inconstitucionalidad que, en definitiva, es imputable a la ley”⁴⁶.

9. Epílogo

En palabras de Montesquieu, “La virtud misma, ¡quién lo diría!, tiene necesidad de límites”⁴⁷. De ahí que hoy no pueda defenderse las inmunidades del poder en relación a la pretendida discrecionalidad del legislador. Lo discrecional no es arbitrario. No es posible, en consecuencia, admitir la arbitrariedad, menos aun en las leyes, pues, conforme señalara Ihering, “toda disposición arbitraria o injusta

⁴⁶ Silva Irrarrázabal, Luis Alejandro, El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales, Editorial Legal Publishing, Santiago 2009, p. 63 y 64.

⁴⁷ Montesquieu, El espíritu de las leyes, Libro XI, Capítulo IV.

emanada del poder público (...) es un pecado contra la idea del Derecho que recae sobre el Estado, el cual suele pagarlo con exceso, con usura”⁴⁸.

Corresponde, por tanto, al Tribunal Constitucional, para evitar aquello, controlar la arbitrariedad del legislador, a través del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en términos amplios, ya que tal como lo señalara en la causa Rol N° 804, su interdicción es un “principio basal de nuestra Carta Fundamental”, expresión que, ciertamente, parece sinónima a “base de la institucionalidad”, y en esa medida aplicable a todos los órganos del Estado, incluido el Legislador, y en relación a todo derecho y garantía asegurado por la Constitución. En este sentido, no puede olvidarse que, como señalara Cerdán de Tallada, “El buen juez hace buenas las malas leyes”⁴⁹ y, en definitiva, la ley es tal, conforme enseñan Las Partidas, “porque todos los mandamientos de ella deben ser leales e derechos e cumplidos, según Dios y según justicia”.

10. Bibliografía

- Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008.
- Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
- Andrade Geywitz, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, Editorial Jurídica, Santiago, 1971.
- Balaguer Callejón, Francisco, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- Barra Gallardo, Nancy y Celis Danzinger, Gabriel, *Contratación administrativa bajo la ley de compras*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Bravo Lira, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 1998.
- Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

⁴⁸ Von Ihering, R., *La lucha por el Derecho*, en versión española de Adolfo Posada, *Libería General de V. Suárez*, Madrid, 1921, p. 98, citado por Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 149.

⁴⁹ De Tallada, Cerdán, *Veriloquium*, 15.

- Carmona Santander, Carlos, La responsabilidad del Estado-Juez. Revisión y Proyecciones, Revista de Derecho Público, N° 66, p. 307 y ss.
- Dokhan, David, Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001.
- Dörn Garrido, Carlos, Responsabilidad extracontractual del Estado por actos del Ministerio Público, en Revista del Consejo de Defensa del Estado N° 13, p. 13 y ss.
- Dromi, Roberto, El Derecho Público en la Hipermodernidad, Hispania, Madrid, 2005.
- Estévez Gazmuri, Carlos, Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949.
- Fernández, Tomás-Ramón, De la Arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional, Madrid, 1998.
- Fernández, Tomás-Ramón, De la arbitrariedad de la Administración, Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- Fernández, Tomás-Ramón, Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional, Editorial Palestra, Lima, 2006.
- Fernández González, Miguel Ángel, Principio constitucional de igualdad ante la ley, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.
- Fernández Nieto, Josefa, Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público común europeo, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- González Beilfuss, Markus, Tribunal Constitucional y Reparación de la Discriminación Normativa, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Gómez Puente, Marco, La inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- Guerra, José Guillermo, La Constitución de 1925, Establecimientos Gráficos Balcells, Santiago 1929.
- López Medina, Diego Eduardo, Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Editorial Legis, Bogotá, 2004.
- Montané de la Roque, Pierre, L'inertie des pouvoirs publics, Dalloz, Paris, 1950.
- Mora Restrepo, Gabriel, Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.

- Nieto García, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- Ollero, Andrés, *Discriminación por razón de sexo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Raveau, Rafael, *Derecho Constitucional Chileno y Comparado*, Editorial Nascimento, Santiago, 1939.
- Ríos Álvarez, Lautaro, *El nuevo Tribunal Constitucional*, en Zúñiga Urbina (coord.), *Reforma Constitucional*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
- Rondini Fernández-Dávila, Patricio, *Responsabilidad patrimonial del Estado juez en Chile*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2008.
- Saenger Gianoni, Fernando y Bruna Contreras, Guillermo, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-1925*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- Silva Irrarrázabal, Luis Alejandro, *El control de constitucional de los actos administrativos legales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.
- Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- Soto Kloss, Eduardo, *El Recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.
- Tirado Barrera, José Antonio, *El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Grijley, Lima, 2008.
- Valdés Prieto, Domingo, *La discriminación arbitraria en el Derecho Económico*, Editorial LexisNexis, Santiago, 1992.

Anexo. Esquema sobre sentencias relevantes del Tribunal Constitucional en las que, en sede de inaplicabilidad, se ha referido a la arbitrariedad del legislador

Rol	Considerandos relevantes	Previsiones	Disidencias
1254 ⁴⁹	48, 58-66		
804	29		
728	7-10, 16-21		
790	21, 27	- Prevención de Mtros. Correa y Bertelsen	- Disidencia de Mtro. Vodanovic (6-7) - Disidencia de Mtros. Fernández Baeza y Venegas
986	28-34		- Disidencia de Mtros. Vodanovic y Fernández Baeza
1204	10-14		- Disidencia de Mtro. Fernández Baeza
1250	10-11		- Disidencia de Mtros. Vodanovic, Fernández Baeza y Peña
1217	9		
1295	27-38, 89-105		- Disidencia Mtro. Bertelsen (6-8)
513	23-26		

⁵⁰ Hago presente que esta sentencia es una de inconstitucionalidad (artículo 93 N° 7 de la Constitución).