

Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Enrique Navarro Beltrán

Profesor de Derecho Constitucional
U. de Chile y U. Finis Terrae

Resumen: En el presente artículo se analiza la evolución que ha experimentado desde el punto de vista histórico la garantía de la igualdad ante la ley, en particular en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, resaltando los casos que en los últimos seis años se ha estimado que determinados preceptos legales han vulnerado o no dicho principio.

I. El texto constitucional y sus antecedentes

1. La igualdad ante la ley en la Constitución vigente

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas "la igualdad ante la ley", agregando que "en Chile no hay persona ni grupo privilegiados", a la vez "en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre". De igual forma, y como consecuencia de la reforma de 1999¹, se indica que "hombres y mujeres son iguales ante la ley". Por su lado, en el segundo párrafo se establece que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias".

Como consecuencia de dicho principio, en materia laboral "se 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" (artículo 19 N° 16). A su vez, en el ámbito tributario, se preceptúa que "en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos" (artículo 19 N° 20). A su turno, en cuanto a la regulación económica se reitera "la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica" (artículo 19 N° 22). Por último, se estatuye que el Banco Central "no podrá adoptar ningún

¹ Ley de reforma constitucional N° 19.611, de 16.06.99

acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza" (artículo 109).

De esta forma, lo que se prohíbe es la diferencia arbitraria, es decir, *"sin fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental e inconcusa, basada en el simple capricho del legislador"*.²

Así las cosas, lo que sanciona es *"toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable"*.³

Ahora bien, se trata de una "igualdad justa", de forma de tratar "igual a los iguales", lo que *"exige realizar diferencias, pero también nivelaciones o equiparaciones que supriman, reduzcan o alivien esas disimilitudes cuando son impuestas, esto es, si constituyen discriminaciones o distinciones arbitrarias"*.⁴

De esta manera, la discriminación viene a ser para algunos sinónimo de diferencia arbitraria, esto es, *"la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable"*, como asimismo *"el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado"*.⁵

2. Antecedentes de la disposición

La disposición tenía especial jerarquía desde las primeras cartas fundamentales.⁶

2.1. Los primeros textos

Así, el Reglamento Constitucional de 1812 señalaba que "Todo habitante libre de Chile es igual de derecho" (art. XXIV). Por su lado, la Constitución de 1818 indicaba que "los hombres por su naturaleza gozan de un derecho inalienable e inamisible a su seguridad individual, honra, hacienda, libertad e igualdad civil" (art. 1). A su turno, la de 1822 preceptuaba que "todos los chilenos son iguales ante la ley, sin distinción de rango ni privilegio" (art. 6). La moralista de 1823 aludía a que "todo chileno es igual delante de la ley" (art. 7), además de

² SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, 2006, p. 124.

³ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los derechos constitucionales*, Tomo II, 2004, p. 125.

⁴ CEA EGAÑA, JOSE LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, 2012, p. 132.

⁵ NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo II, 2010, p. 272.

⁶ Vid. VALENCIA AVARIA, LUIS, *Anales de la República*, 1958. Una visión panorámica en NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, "Las Constituciones vigentes en Chile y sus reformas", en *20 años de vigencia de la Constitución chilena: 1981-2001*, Editorial Jurídica Conosur, 2001.

consignar que en Chile no hay esclavos (art. 8). Mientras que la carta liberal de 1828 reiteraba la idea que "en Chile no hay esclavos; si alguno pisase el territorio de la República, recobra por este hecho su libertad" (art. 11)

2.2. La Constitución de 1833

Ahora bien, la Carta de 1833 señalaba como garantía esencial, en su artículo 12, N° 1, "*La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada*".

Los autores de la época interpretaron en un sentido de igualdad de derechos o sociológica.

Así, para algunos, suponía "*la igualdad civil o ante la ley*", de modo que "*no hay distinciones de nacimiento, no hay herencia del poder*".⁷

Para otros, la igualdad ante la ley debía entenderse como el "*derecho que todos tienen al goce de su vida, al desarrollo de sus facultades físicas y morales, al uso y protección de sus derechos civiles y políticos, a no tener más obligaciones que las que estos derechos imponen y, en fin, a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias*".⁸

También se afirma por cierta doctrina que dicha garantía constitucional es consecuencia del carácter unitario del Estado, de manera que "*toda ley, a no ser que por su naturaleza se refiera a intereses meramente locales, por el solo hecho de ser general, debe ser idéntica para todos los habitantes de la Nación. Todos y cada uno de ellos deben ser juzgados con arreglo a la misma ley*".⁹

Autores más tardíos la asocian a la idea de que "*todos los hombres, cualesquiera que sean su posición social, su fortuna, su origen, gocen de unos mismos derechos*".¹⁰

2.3. La Carta de 1925

Por su parte, en la Constitución de 1925, el artículo 10, en su N° 1°, aseguraba a todas las personas: "*La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada. En Chile no hai esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República*".

La disposición es similar a la anterior, agregando la referencia a la esclavitud, lo que se agregó por razones históricas, habida consideración de "*haber sido*

⁷ CARRASCO ALBANO, MANUEL, *Comentarios sobre la Constitución de 1833, 1858*, p. 57.

⁸ LASTARRIA, JOSÉ VICTORINO, *La Constitución comentada*, 1856, p. 34.

⁹ HUNEEUS, JORGE, *La Constitución ante el Congreso*, Tomo I, 1879, p. 102.

¹⁰ ROLDAN, ALCIBIADES, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 3ª. ed. 1924, p. 137.

nuestro país el primero que abolió la esclavitud en los continentes americanos, el año 1823".¹¹

En opinión de un autor, la igualdad ante la ley *"es un principio jurídico de carácter doctrinario al cual deben, en lo posible, ajustarse las leyes para la determinación y reconocimiento de los derechos individuales; pero la Constitución, en caso alguno, ha podido reglamentar la igualdad político-social de todos los habitantes de la República, porque a ello se opone la naturaleza misma de las cosas, que el legislador no puede desconocer".¹²*

Para Enrique Evans, implica que *"todos los habitantes de la República están sometidos a un mismo estatuto de derechos y obligaciones generales, sin que puedan la ley o los gobernantes crear personas o grupos privilegiados o perjudicados por razones de origen, sexo, posición económica o social, creencias religiosas o filosóficas o ideología política. En consecuencia, toda ley o acto de autoridad que implique una discriminación arbitraria y que beneficie o perjudique infundadamente a personas o grupos, atenta en contra de esta garantía constitucional".¹³*

Finalmente, desde el punto de vista sociológico, destaca otro autor que la norma constitucional se aplica a *"todos los habitantes de la República, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. Tampoco es lícito hacer, por ejemplo, distinciones fundadas en el sexo".¹⁴*

II. Evolucion jurisprudencial

La jurisprudencia durante la vigencia de la actual Constitución ha experimentado una importante evolución en cuanto a la precisión del sentido y alcance de la igualdad ante la ley.

1. Principio de generalidad

Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

El Tribunal Constitucional (en adelante "TC"), en diversos pronunciamientos, ha precisado que la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben*

¹¹ GUERRA, JOSE G., *La Constitución de 1925*, Santiago, 1929, p. 103.

¹² BERNASCHINA GONZALEZ, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, 1958, p. 147.

¹³ EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Relación de la Constitución Política de la República de Chile*, 1970, pp. 22-23.

¹⁴ ANDRADE GEYWITZ, CARLOS, *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, 1971, p. 168.

ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición". Así, se ha concluido que "la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad".¹⁵ Es decir, la igualdad ante la ley presupone "que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias".¹⁶

De esta forma, como lo ha puntualizado esta misma Magistratura, "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario".¹⁷

En palabras del Tribunal Constitucional español, "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados".¹⁸

Con posterioridad, se ha precisado que lo que el artículo 19, número 2, de la Carta Fundamental prohíbe, a leyes y a autoridades, es establecer diferencias arbitrarias y que "es efectivo que la jurisprudencia, incluyendo la de este propio Tribunal, y la doctrina han entendido, en diversos casos, que constituye una diferencia arbitraria dar igual trato a situaciones sustancialmente diversas"; agregando que "esta dimensión de la igualdad no significa, sin embargo, que toda diferencia exija de trato legal diferenciado, pues ello haría imposible establecer reglas generales. Lo que la Constitución prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer diferencias arbitrarias. De igual modo, en la dimensión del principio de igualdad que el requirente denomina diferenciado, no se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación".¹⁹

¹⁵ Sentencias Roles N°s. 28/1985, 53/1988 y 219/1995. En el mismo sentido, Roles 811/2007, 1217/2008 y 1254/2008.

¹⁶ Rol N° 219/1995.

¹⁷ Rol N° 986/2008.

¹⁸ STC 128/1987.

¹⁹ Rol 807/2007.

De esta manera, por discriminación arbitraria ha de entenderse *"toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual"*. En otros términos, *"que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias"*. De la misma forma, por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común.²⁰

Resumiéndose esta tesis, el propio TC ha sintetizado la doctrina señalando que la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas"*.²¹

Así, la igualdad ante la ley *"consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares"*.²²

2. Proporcionalidad y razonabilidad de diferencia

Por otro lado, como lo ha señalado esta misma magistratura en diversos pronunciamientos, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva y proporcional.²³

De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador.²⁴

Para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada.²⁵

²⁰ Roles 811/2007 y 1204/2008.

²¹ Rol 1502/2009, en alusión a los roles N°s 53, c. 72; 755, c. 27; 790, c. 21; 797, c. 19; y 1535, c. 33

²² Rol 1217/1995.

²³ Vid. MIGUEL CARBONELL (coordinador), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Colombia, 2007.

²⁴ Roles 755/2007 y 790/2007, entre otros.

²⁵ TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42.

Precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado, específicamente, que *"para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos"*.²⁶

Además, se ha señalado que para efectos de dilucidar si, en un determinado conflicto, se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, "es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental". Así, debe analizarse si tal "diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador".²⁷

En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, "resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados"²⁸, "que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación".²⁹

De este modo, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita "no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".³⁰

Una buena síntesis de la doctrina del TC en el ámbito de la garantía constitucional referida, es lo expresado sentencia Rol 1710, de 6 de agosto de 2010:

"Que en el fallo Rol 1273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en

²⁶ Sentencias 76/1990 y 253/2004.

²⁷ Rol 1340/2009. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias roles N°s 790/2007, 825/2007, 829/2007 y 834/2007.

²⁸ Rol 1307/2009, aludiendo a la jurisprudencia sustentada en Roles 755/2007, 790/2007, 1138/2008 y 1140/2008.

²⁹ Roles 1448/2009 y 1584/2009.

³⁰ Rol 1463/2009, citando sentencias roles N°s 76/1990, 253/1994 y 790/2007.

su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán, que distingue conceptualmente entre "igualdades esenciales" y "desigualdades esenciales", de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando "personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables", de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario, y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada "nueva fórmula", consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto".³¹

3. Igualdad sociológica

Clásicamente también se ha entendido la igualdad ante la ley como una prohibición de diferencias basadas en criterios de raza, sexo, estirpe o condición social.

Así, puede mencionarse, en materia de contratos de salud, lo señalado por el TC en cuanto a que "estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria. En esa medida, la alegación de la requirente dirigida en contra del precepto legal impugnado en cuanto, en el caso sub lite, autoriza a su Institución de Salud Provisional para aplicar la tabla de factores, a los efectos de determinar el valor de su plan de salud, debe ser rechazada y así será declarado". Agregando luego que "la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo a su magnitud, la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente". Esta circunstancia,

³¹ Considerando centésimo.

al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud. Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. Este, por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya demostrado, debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, v. gr., al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse. Concluyendo que *"en el caso concreto y singular sub lite, al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución"*.³²

Del mismo modo, en la sentencia de inconstitucionalidad que recae en el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, el Tribunal Constitucional desarrolla extensamente esta perspectiva de la igualdad ante la ley, en los siguientes términos:

"Que la expresión "hombres y mujeres son iguales ante la ley" que la Carta introdujo en la última parte del numeral 2° de su artículo 19, encontró su consagración constitucional en 1999, dando cuenta su historia fidedigna de la envergadura de tal reforma constitucional, así como del contexto cultural y jurídico, nacional e internacional, en el que se aprobó. Con ello el Estado de Chile encontró concordancia entre su ordenamiento constitucional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer";

"Que en la sesión del Senado celebrada el 12 de enero de 1999 y convocada para conocer el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Corporación sobre el proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, se hizo mención a los compromisos internacionales contraídos por Chile sobre esta materia, especialmente, al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de Naciones Unidas, que entró en vigor en 1981, y que señala: "Los Estados Parte condenan la discriminación de la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consa-

³² Rol 976/2008

grar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquiera otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio". Asimismo, en la misma sesión del Senado, el senador informante del proyecto, el señor Juan Hamilton, señaló: "La iniciativa tiene por objeto consagrar en forma expresa la igualdad del hombre y la mujer ante la ley como un **valor superior de todo el ordenamiento jurídico**";

"Que el artículo 12.1 de la citada Convención señala: "Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para **eliminar la discriminación contra la mujer** en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso **a servicios de atención médica**, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia". A su vez, la Observación General 16, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aprobada en Ginebra en el 34° período de sesiones del 25 de abril al 13 de mayo de 2005, se refiere a "la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)";

"Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como "conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad", precisando que "la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en **forma explícita en distinciones basadas en el sexo** o en una de las categorías reconocidas de discriminación". Por su parte, "la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra" (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11).

"De todo lo expuesto es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, **impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos**; Que todo lo señalado respecto de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos sexos. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como

lo señala un reciente estudio: "el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital" (Cristina Zoco Zabala: "Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario", en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);

"Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: "Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros", agregándose: "En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones" (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004).³³

En otro asunto penal se indica que *"en cuanto a la posibilidad de que la aplicación del precepto legal en cuestión vulnere lo dispuesto en el artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, por los motivos que razona el Tribunal requirente, resulta necesario concluir que efectivamente, por aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, el legislador establece una diferencia gravosa para los responsables de ciertos delitos contra la propiedad que quedaren en etapa de tentativa o resultaren frustrados, ya que, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los restantes delitos, se les castiga como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. De ese modo, y en virtud del precepto legal impugnado, a los responsables de los delitos especificados en*

³³ Rol 1710, c. 101 a 106.

él no les beneficia la reducción de las penas que, como regla general, contemplan los artículos 51 y siguientes del mismo Código Penal, para aquellos que no llegan a consumarse".

Agregándose luego que *"la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de delitos no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente, esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas".* Concluyéndose que *"desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que dependen de una conducta voluntaria, como es la comisión de un determinado delito contra la propiedad. De ese modo, el trato diferente no depende de características personales, como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional del sujeto activo, o de su pertenencia a otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como sería la condición social, posición económica o creencias del responsable del delito".*³⁴

Finalmente, en otro caso de carácter procesal bancario, se precisa que la exigencia de igualdad *"puede hacerse comparando la situación desmedrada en que se encuentra el ejecutado en el juicio ejecutivo especial de cobro previsional en relación a aquellos que se rigen por el estatuto general del Código de Procedimiento Civil. Al hacer esta comparación resulta evidente la existencia de una diferencia, pues mientras el ejecutado del régimen común puede interponer la excepción de ineptitud del libelo, no puede hacerlo aquel que resulta demandado en juicio de cobranza de cotizaciones previsionales regido por la ley que contiene el precepto legal impugnado".* Así, *"la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de demandados no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente; esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas".* De esta forma, *"la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca. El trato diferente no hace acepción de personas, ni depende de características subjetivas adscritas, como podrían ser la edad, sexo, raza, origen social o nacional, o hace preferencias en virtud de otra categoría que pudiera resultar inaceptable para la diferencia de que se trata, como lo sería la condición social, la posición económica o las creencias del demandado. En consecuencia, y por estos motivos, no cabría considerar la diferencia como arbitraria".*³⁵

³⁴ Rol 825/2007.

³⁵ Rol 811/2007. En el mismo sentido, Rol 977/2007.

III. Sentencias que han desechado la infracción a la igualdad ante la ley³⁶

Existen diversas decisiones que han rechazado el reclamo de infracción a la igualdad ante la ley, las que sistematizaremos desde el punto de vista de la materia.

1. Disposiciones de carácter procesal

1.1. Diversos sistemas de enjuiciamiento penal

Se ha afirmado que la disparidad de predicamentos normativos exhibidos en esta materia (sistemas 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"*.³⁷

1.2. Procedimientos ejecutivos disímiles según naturaleza del crédito

Se ha sentenciado por el TC que es decisión propia de política legislativa la incorporación de procedimientos diversos, según el tipo del crédito de que se trata, de forma tal que existe un fundamento racional y no arbitrario. Así, los principios que informan un proceso³⁸ son una opción no cuestionable, en la medida que se establezca por medio de una ley y se cumplan los estándares de racionalidad y justicia.³⁹

1.3. Diferencia de derechos procesales de las partes

La existencia de un trato diferente para cierta categoría de demandados no es suficiente para estimar que se infringe la igualdad ante la ley.⁴⁰

³⁶ Una visión completa en ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN y CARLOS CARMONA SANTANDER (Editores), Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2011, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 45, 2011. A su vez, en inaplicabilidad vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *Control de constitucionalidad de las leyes*, 2011.

³⁷ Rol 1250/2008.

³⁸ Vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Debido Proceso y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Litigación Pública*, 2011.

³⁹ Rol 1217/2008. En materia de crédito agrícola, Rol N° 1846/2010.

⁴⁰ Rol 977/2007. En el mismo sentido, Rol 811/2007.

En otro caso se razona que la diferenciación entre comerciante y deudor común cumple con los requisitos del examen de proporcionalidad, *"en la medida que la igualdad ante la ley o en el ejercicio de los derechos no puede consistir en una identidad absoluta de los derechos procesales de las partes que confrontan pretensiones en un juicio"*. Así, *"de sus respectivas posiciones como demandante y demandado emerge la justificación de diferencias de trato; el uno ejercerá acciones y el otro opondrá defensas y excepciones. Cada una de esas actuaciones procesales estará regida por reglas propias, que no pueden forzosamente ser iguales, pues las actuaciones reguladas no lo son"*. De modo que *"no puede pretenderse que estatutos jurídicos diferentes, como el del comerciante y el del deudor común, queden necesariamente sujetos a idénticas reglas si la relevancia jurídica de sus actos para el sistema económico no es la misma"*.⁴¹

1.4. Facultad exclusiva del fiscal para formalizar

Se ha señalado que no infringe la igualdad ante la ley la circunstancia de que la formalización de la investigación sólo pueda realizarla el fiscal y en el momento en que lo juzgue adecuado, conforme al mérito y al avance de las pesquisas que dirige. Sin embargo, *"esto no priva al querellante de la posibilidad de obtener, a través del juez de garantía, que el fiscal que no ha formalizado justifique debidamente su proceder"*.⁴²

1.5. Vista de causa de apelaciones de protección

El TC rechazó una presentación dirigida en contra de una disposición del auto acordado⁴³ que señala la forma en que se resuelven las apelaciones en materia de protección de derechos fundamentales.

Sobre el punto se señala que existen diversas formas en las que puede resolverse un asunto, lo que no significa que no se escuche debidamente a la parte afectada. Se hace presente que la referida disposición no otorga una facultad puramente discrecional a la Corte Suprema de Justicia, en relación a la vista de la causa en segunda instancia de las acciones de protección.

En efecto, la disposición impugnada *"señala que el Presidente de la Corte Suprema ordenará dar cuenta preferente del recurso de protección en la Sala Constitucional, la que, si lo estima conveniente, se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por las partes, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, agregándose así extraordinariamente a la tabla respectiva"*.

⁴¹ Rol 1414/2009.

⁴² Rol 1337/2009.

⁴³ Vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Control de constitucionalidad de los Autos Acordados*, Colegio de Abogados, 2006.

La primera causal "*supone juzgar si resulta útil, oportuno y conforme que se realice algo, en este caso, si parece de acuerdo a los antecedentes de autos, razonable y provechoso el escuchar los alegatos de las partes*". En cuanto a la segunda causal, "*la petición ha de invocar razones atendibles que hagan aconsejable escuchar los alegatos de las partes*". Por último, los alegatos pueden solicitarse de común acuerdo por las partes, caso en el cual la Corte Suprema necesariamente deberá escuchar los mismos antes de la resolución del asunto.⁴⁴

2. Normativa de carácter penal

2.1. Igual penalidad de delitos sin importar el grado de ejecución

Sobre el punto, se ha precisado que la calidad de personas "*que se encuentran en las mismas circunstancias la constituyen aquellas acusadas de cometer en grado de tentativa o frustración algunos de los tipos señalados en el artículo 450 del Código Penal y no las que han cometido otros ilícitos en etapa imperfecta de desarrollo y que en virtud de ello pueden ser beneficiadas por las rebajas de penas establecidas en los artículos 51 y siguientes del mismo Código*".⁴⁵

2.2. El fuero parlamentario como excepción a la igualdad ante la ley

Se trata de un privilegio parlamentario consistente en una garantía procesal que protege al diputado o senador de una persecución criminal infundada y que inhiba o entorpezca el cumplimiento adecuado de sus funciones. Posee, a pesar de ser el privilegio parlamentario "*una excepción al principio de igualdad, una finalidad garantista de la función pública parlamentaria, en particular la protección de la dignidad, dedicación e independencia en el ejercicio del cargo, y un fundamento claramente político, asociado al resguardo de la autonomía de los órganos legislativos y al principio de la separación de poderes –valores esenciales del Estado de Derecho–, cuya justificación mediata es el pleno ejercicio de la soberanía popular*".⁴⁶

2.3. Sanciones por delitos

Se ha estimado justificada la sanción de una determinada conducta –delito de sodomía, sólo entre varones– en consideración al interés superior del niño, habida consideración que los menores de edad no tienen completa comprensión de las consecuencias de sus actos, aunque sean consentidos.⁴⁷

En otro caso se señala que no parece desproporcionada la configuración del delito contemplado en el artículo 36 B, letra a), de la Ley N° 18.168, General de

⁴⁴ Roles N° 1812, 1816 y 1817, todas de 18 de agosto de 2011.

⁴⁵ Roles 787/2007 y 797/2007.

⁴⁶ Roles 561 y 568.

⁴⁷ Rol 1683/2010.

Telecomunicaciones, ni su penalidad, *"dada la importancia que para la sociedad tiene el bien jurídico protegido, cual es el correcto uso del espacio radioeléctrico, para lo cual se requiere la autorización de la autoridad competente una vez cumplidos los requisitos que la ley establece, los cuales, como se ha afirmado en este fallo, se ajustan a la Constitución"*.⁴⁸

3. Normativas especiales económicas

3.1. Legislación sobre regularización de la pequeña propiedad raíz

Se ha señalado que, considerada en abstracto, la especialidad de las normas sobre regularización de la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes raíces contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, frente a las normas generales vigentes sobre la materia contenidas en el Código Civil, *"no puede estimarse que introduzca una diferencia arbitraria que resulte contraria a la garantía de igualdad ante la ley asegurada actualmente en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, pues lo que la Constitución prohíbe es el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique, circunstancia que, en cambio, existe y fundamenta el sistema de posesión y adquisición del dominio de ciertos bienes raíces contenido en el Decreto Ley N° 2.695, de 1979"*.⁴⁹

3.2. Legislación de protección al consumidor

Al establecerse normas de resguardo a los derechos e intereses de los consumidores, afirma el TC, *"la ley no ha incurrido en la consagración de diferencias arbitrarias, pues el diferente trato a los derechos de proveedores y consumidores se basa en las disparidades objetivas que se aprecian en la situación de unos y otros, lo que no sólo no riñe con el principio constitucional de igualdad, sino que lo observa consecuentemente, por cuanto el mismo exige tanto tratar de igual manera a quienes son efectivamente iguales como introducir las diferencias necesarias en el tratamiento de quienes no se encuentran en la misma situación"*.⁵⁰

3.3. Obligación de las compañías de seguro de concurrir al financiamiento de bomberos

Sobre la materia se señala que, por de pronto, *"el gravamen se impone a todas las Compañías de Seguros, sin excepción"*, por lo que la norma tiene el carácter de generalidad.

⁴⁸ Rol N° 2022/2012.

⁴⁹ Rol 707/2007.

⁵⁰ Rol 980/2007.

Enseguida, *"las Compañías no son las únicas empresas que deben soportar alguna carga para el esfuerzo nacional de financiar a los bomberos"*. En tal sentido, se recuerda que los Cuerpos de Bomberos no pagan luz ni las llamadas telefónicas; ello grava a las empresas de electricidad y a las telefónicas que dan servicio básico. Asimismo, el empresario para quien presta servicios el bombero debe soportar su ausencia cuando éste concurre a los "llamados" que el Cuerpo de Bomberos le formula.

A continuación, la medida tiene fundamento objetivo y razonable: *"las Compañías se benefician de la actividad de los bomberos. No hacer gravitar esta obligación en ellas implicaría una transferencia neta de recursos en su favor y un costo para quien el legislador decidiera encargársela en su reemplazo. Y ello sí alteraría la igualdad ante la ley"*.⁵¹

3.4. Remuneraciones de TVN

Se ha sentenciado por el TC que la publicidad de las remuneraciones de la planta de los ejecutivos superiores de Televisión Nacional de Chile, empresa pública creada por ley⁵², responde a un fin lícito y amparado por el principio de publicidad.

Se agrega que *"la aplicación de los preceptos cuestionados debe considerarse adecuada y necesaria para el logro de la finalidad de acceso a la información pública"*.

En consecuencia *"la aplicación de los preceptos en cuestión no afecta la igualdad de TVN, pues la diferencia que se aduce discriminatoria responde a un hecho objetivo, posee un fin lícito y deseado por la Constitución, y establece una restricción mínima y razonable respecto de sus competidores"*.⁵³

4. Beneficios económicos

4.1. Prestaciones de seguridad social

No repugna a las *"disposiciones constitucionales que en el goce de las prestaciones de seguridad social el Estado pueda amparar especialmente a quienes sufren un mayor grado de carencia, siempre que ello no vulnere, como se explicó, la igualdad ante la ley, introduciendo diferencias de trato que no sean objetivas y razonables, que no estén soportadas en un fin de carácter general y que, en fin, no sean tolerables para quien sufre menoscabo de su derecho"*.⁵⁴

⁵¹ Rol 1295/2008.

⁵² Sobre la materia vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, "El Estado Empresario a la luz de la Constitución", en *Revista de Derecho Público* N° 62 (2000), pp. 32-47.

⁵³ Rol 1800/2010.

⁵⁴ Rol 790/2007.

4.2. No otorgamiento de beneficio

Se cuestiona el no otorgamiento de un incremento a ciertos funcionarios públicos (personal de JUNJI), y aunque también existen otros exceptuados, se hace presente por el TC que ellos también tienen beneficio otorgado por una ley especial. En consecuencia, no han sido discriminados por el legislador *"por cuanto ellos tienen derecho a recibir una asignación por retiro que la misma Ley N° 20.212 contempla para el resto de los funcionarios públicos, además de un bono especialmente contemplado para ellos en la Ley N° 20.213, publicada sólo 12 días después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.212"*.⁵⁵

5. Sanciones administrativas

5.1. Inhabilidades para contratar con la Administración

Se sentencia que la inhabilidad incorporada al artículo 4° de la Ley N° 19.886 por la Ley N° 20.238, esto es, la exclusión de participar en licitaciones públicas para aquellas empresas que hayan sido condenadas por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores, resulta idónea para el logro de la finalidad de la normativa *"en orden a lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales de los trabajadores"*.

Del mismo modo, en cuanto a si la diferencia resulta tolerable para el destinatario de la inhabilidad, *"debe tenerse presente que ninguna empresa que cuenta con trabajadores puede desconocer el deber de respetar integralmente los derechos de éstos, quedando sometida a las consecuencias que deriven del incumplimiento de ese deber jurídico que, a la vez, representa un imperativo ético"*.⁵⁶

5.2. Facultad de municipios de exigir soterramiento de redes

Se cuestiona la normativa que faculta a municipios para obligar a empresas de servicios para soterrar redes, lo que se desestima, puesto que existirían también otras comunas en que también se exige. Se sostiene que *"el alegato de la requirente se traduce, en el fondo, en querer excepcionarse de la normativa local. Mientras el resto de las empresas a quienes se aplica la normativa municipal deben regirse por ésta, ella quedaría sustraída de sus mandatos. Ello equivale a un privilegio que la igualdad ante la ley y la libre competencia no toleran"*.

Adicionalmente, la normativa que el requirente impugna se aplica no sólo a los concesionarios eléctricos que operan actualmente en la comuna, también a la de otros servicios.

⁵⁵ Rol N° 1769/2010.

⁵⁶ Rol N° 1968/2011.

En suma no se vulnera la igualdad ante la ley, puesto que ésta *"no exige una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamientos"*, habida consideración que no se *"puede pretender una regla uniforme de actividad económica en materia de soterramiento, si cada realidad municipal es distinta"*.⁵⁷

6. Legislación política.

6.1. Plazo para renunciar a partidos políticos de candidatos

Se cuestionan ciertos plazos impuestos por la legislación para los candidatos que formaban parte de un partido político y del que han renunciado. El TC señala que el plazo exigido se origina, entre otras razones, en *"la posibilidad de que existan elecciones primarias vinculantes para los candidatos que participen en ellas"*. Estas son necesariamente anteriores al proceso de declaración de candidaturas, por lo que *"el legislador debe considerar un plazo razonable que haga viables estas elecciones primarias"*.

Por tanto, *"sea que participen o no los candidatos independientes en ellas, esta legislación mantiene un equilibrio necesario entre los miembros de los partidos políticos y los candidatos independientes"*; de forma tal que *"si se mantuviera el antiguo plazo de dos meses para un candidato independiente, no existiría igualdad, puesto que inhibiría a un independiente para tomar parte en una primaria"*.

Por ende, *"el mayor tiempo como candidato es esencial para restablecer un necesario equilibrio y, por lo mismo, esta normativa garantiza igualdad de oportunidades para todos los participantes en un proceso electoral, no crea ventajas ni privilegios para los partidos políticos y está lejos de generar perjuicios para los candidatos independientes, sino que más bien les crea derechos coherentes con la normativa constitucional del artículo 19, N° 15°, de la Carta Fundamental"*.⁵⁸

6.2. Voto asistido de discapacitados

El TC estima que la fórmula legislativa del voto asistido resulta idónea para alcanzar el fin legítimo de asegurar el derecho a sufragio de los discapacitados. En efecto, *"el voto asistido puede llegar a ser el único modo de hacer efectivo el derecho a sufragio de aquellos ciudadanos que, por su discapacidad, se vean impedidos, conforme a las características del sistema electoral vigente, de marcar su preferencia por sí mismos en una cámara secreta"*.

Por su lado, en lo relativo a la determinación acerca de si la modificación legal ha sido diseñada de forma de afectar o restringir del menor modo posible el

⁵⁷ Rol N° 1669/2010.

⁵⁸ Rol N° 2062/2011.

carácter personal y secreto del voto, se hace presente que la legislación opta por que sea asistido por alguien que él mismo determine, haciéndose presente que si bien *"podría estimarse que la fórmula representa un riesgo mayor de injerencia indebida o de presión sobre el elector y de pérdida del carácter secreto del voto que si el asistente del discapacitado hubiese sido el presidente de la respectiva mesa o el delegado de la Junta Electoral"*, no es menos cierto que *"siendo éste un juicio prudencial y no de juridicidad, esta Magistratura, dando aplicación al criterio de que no le corresponde juzgar acerca del mérito de una ley, no objetará esta fórmula escogida por el legislador"*.

Por último, en lo que se refiere a los casos en que la persona discapacitada puede ser asistida, se distinguen dos oportunidades. Un primer caso es la asistencia a un discapacitado para acceder a la mesa receptora de sufragios, precisándose que *"la fórmula para determinar la discapacidad del votante para concurrir a la mesa no merece reparos de constitucionalidad, ya que si bien ella es amplia, la asistencia en el acceso del votante a la mesa receptora ya estaba contemplada en la norma modificada y representa un riesgo mínimo de limitación o pérdida del carácter secreto del sufragio"*.

Por otro lado, la disposición permite que la persona con alguna discapacidad que le impida o dificulte ejercer el derecho a sufragio manifieste, por cualquier medio idóneo, al presidente de la mesa, su voluntad de ser asistida en el acto de votar en la cámara secreta. En esta materia se señala que *"en los casos que esa situación se verifique y la persona discapacitada sea acompañada a la cámara secreta, se verá limitado y afectado el carácter personal y secreto del voto"*, añadiendo que *"una afectación de esta entidad a lo dispuesto por la Carta Fundamental sólo puede ser constitucionalmente tolerada en los casos en que resulte estrictamente necesaria para que la persona discapacitada emita su preferencia. Si, en cambio, la discapacidad no es de tal entidad que la persona del votante pueda emitir su preferencia autónomamente en la cámara secreta, la afectación del carácter personal y secreto del voto no puede justificarse constitucionalmente en el objetivo de hacer efectivo su derecho a votar. En efecto, si la persona discapacitada no está impedida de marcar su preferencia sin asistencia, es posible cumplir simultáneamente con los dos objetivos constitucionales, de hacer efectivo su derecho a votar y garantizar el carácter personal y secreto de su voto"*.⁵⁹

⁵⁹ Rol N° 745/2007.

7. Tratados Internacionales⁶⁰

7.1. Beneficios del Convenio UPOV

El TC considera que en el citado Convenio Internacional los regímenes jurídicos aplicables al obtentor y al agricultor *"aparecen razonablemente delimitados, además de consultar, el ordenamiento vigente, diversos mecanismos tendientes a que los Estados protejan equilibradamente los derechos de los agricultores y de las comunidades"*.⁶¹

7.2. Limitaciones en materia indemnizatoria fijados por una convención

Se estima que no se ha vulnerado la igualdad ante la ley respecto del límite del monto del perjuicio a indemnizar, previsto en un tratado internacional, *"toda vez que el precepto impugnado y el límite que establece se sustenta en criterios razonables que no pueden calificarse de caprichosos"*.

En efecto, el fundamento del sistema de responsabilidad objetiva en materia de transportes obedece a la dificultad que puede enfrentar el pasajero en orden a acreditar la culpa del transportista en la pérdida del equipaje. Se trata de una responsabilidad de la compañía aérea que procede en todo evento, *"es decir, que ésta no puede eximirse del pago de la reparación pese a que el daño provenga de caso fortuito o fuerza mayor"*. Por consiguiente, no la deja en una situación de indefensión, sino que, por el contrario, busca dejarla indemne de daño.

Esta responsabilidad debe ser limitada. En primer lugar, *"porque el transportista, si nada se le declara, no tiene por qué conocer el valor de las mercancías que traslada, de manera que si no existiera un límite a la responsabilidad objetiva, no sólo su determinación podría quedar al arbitrio del pasajero, sino que la compañía no tendría la posibilidad de asegurar lo trasladado en el evento que fuera de gran valor"*. De esta manera, el límite *"más bien busca no dejar en indefensión a la compañía aérea en un sistema de responsabilidad objetiva, en el que no es factible probar el monto del perjuicio causado"*.

Además, si se trasladan objetos valiosos, la disposición regula un sistema de responsabilidad convencional, que consiste en un acuerdo entre la compañía de transporte aéreo y el pasajero, por el cual éste declara el valor de lo transportado, pagando una tasa suplementaria si hay lugar a ello y el transportista se obliga a pagar el importe de la suma declarada. De manera que la aludida disposición *"no impide acceder a la reparación total del daño material causado,*

⁶⁰ Sobre el control de constitucionalidad de los tratados vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *Tratados y Constitución en la jurisprudencia del TC*, Libro homenaje centenario de la U. de Valparaíso, 2011.

⁶¹ Rol N° 1988/2011.

*por cuanto previene que puede convencionalmente asegurarse su valor, de tal modo que el riesgo no se asuma por una sola de las partes contratantes –sea el transportista, sea el pasajero– y éste, como se dijo, pueda acceder a toda la reparación del daño".*⁶²

IV. Sentencias que han declarado la infracción a la igualdad ante la ley

Existen diversas resoluciones del TC que han señalado que determinados preceptos legales son contrarios a la igualdad ante la ley, algunos de los más relevantes se citan a continuación.

1. Asimilación de régimen tributario

Se ha sentenciado que la asimilación que un precepto legal efectúa respecto de los prácticos portuarios *"con los trabajadores dependientes o asalariados, en lugar de hacerlo con los trabajadores independientes, necesariamente riñe con el principio de igualdad de trato consagrado en el numeral 2° del artículo 19 constitucional y configura una especie de discriminación arbitraria que expresamente proscribe el párrafo segundo de dicha norma fundamental"*.⁶³

También se estima que una determinada normativa que presume que cierto personal ha trabajado a honorarios lo priva del derecho a percibir indemnización por años de servicio, lo que en sí mismo *"constituye una desigualdad carente de causa suficiente para ser justificada"*.⁶⁴

2. Pérdida de beneficios

Del mismo modo, se ha señalado que excluir a una persona del beneficio de la asignación de título que le corresponde *"supone discriminarlo en cuanto al disfrute de ese beneficio respecto de los titulares de otros diplomas a los que, por la naturaleza de los estudios que constatan, sí se les reconoce el derecho"*, lo que además se habría incorporado a su patrimonio.⁶⁵

De igual forma, se ha resuelto que no puede considerarse idónea la distinción entre una persona que debe alejarse de sus actividades –en este caso como juez– en virtud de una enfermedad o un accidente común y aquella que debe hacerlo en vista de una enfermedad laboral o de un descanso de maternidad, circunstancias todas que justifican el otorgamiento de una licencia médica, de

⁶² Rol N° 1307/2009.

⁶³ Rol 1399/2009.

⁶⁴ Rol N° 767/2007.

⁶⁵ Rol N° 1615/2010.

forma tal que *"unas y otras tienen derecho a percibir el total de sus remuneraciones"*. En consecuencia, excluir, como en la especie, a un juez que se ausentó de su trabajo por más de seis meses, producto de una licencia médica por cáncer, de los componentes de la asignación de modernización contemplados en las letras b) y c) del artículo 4° de la Ley N° 19.531, *"resulta injustificado, pero además violatorio de la necesaria igualdad con que el ordenamiento jurídico debe tratar las situaciones que se refieren a los mismos supuestos"*. De esta forma, la norma que impide recibir un beneficio al funcionario judicial que se ausentó del trabajo por más de seis meses en virtud de una licencia médica común, mientras mantiene el derecho a aquel que se ausentó durante la misma cantidad de tiempo, pero por un accidente laboral o por descanso de maternidad, *"resulta intolerable para el primero, pues la razón que fundamenta la ausencia del trabajo es la misma que la que sostiene la ausencia de quien no trabajó por haber sufrido un accidente del trabajo o por razones de maternidad: la necesidad de recuperar la salud"*.⁶⁶

3. Procedimientos no idóneos

A su vez, aplicar un determinado procedimiento como es el de saneamiento de pequeña propiedad rural y urbana, resolviendo un conflicto sobre posesión y dominio de bienes raíces rurales de acuerdo con normas legales –los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979– diversas a las disposiciones generales contenidas en el Código Civil, *"sin que, a juicio de este Tribunal, concurren en la especie los motivos que justifican la aplicación de aquellas normas especiales"*, importa una diferencia arbitraria y podría ello dar origen a una privación inconstitucional de la propiedad.⁶⁷

4. Igualdad de armas

A su vez, se ha considerado que supone una infracción a la igualdad de armas y a la tutela judicial efectiva la circunstancia de que la denegación de prueba sólo pueda ser apelada por el Ministerio Público y no por la parte querellante.⁶⁸

5. Igualdad de régimen jurídico

En el ámbito tributario se estimó que una disposición que fijaba un monto para obtener la libertad bajo fianza en delitos tributarios infringe la igual protección de la ley, en atención a que *"un mismo hecho produce efectos jurídicos distintos en la regulación o afectación del derecho a la libertad personal, según se haya producido en uno u otro lugar"*.⁶⁹

⁶⁶ Rol N° 1801/2010.

⁶⁷ Rol N° 707/2007.

⁶⁸ Rol N° 1535/2009.

⁶⁹ Rol N° 728/2007.

6. Régimen de recursos en juicios especiales

En este caso, la inexistencia de casación en la forma por la falta de motivación en la decisión de segunda instancia, tratándose de juicios especiales, es cuestionada.

En tal sentido, se expresa que *"para decidir sobre la infracción del principio de igualdad referido en los números 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, en su vertiente de prohibición del establecimiento de diferencias arbitrarias, es menester calificar la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción al regular el ejercicio del derecho. Ella debe ser legítima y razonable, es decir, proveer una relación instrumental o de funcionalidad entre el fin perseguido por la norma y el criterio escogido para justificar el trato diferente"*.

Sobre el punto se afirma que *"no se advierte claramente una finalidad intrínsecamente legítima en el precepto que, en los juicios regidos por leyes especiales, impide casar en la forma una sentencia que carece de consideraciones de hecho o de derecho. Ningún fundamento racional aparece en la citada restricción y no se divisa la razón para privar al litigante de un juicio determinado del mismo derecho que le asiste a cualquier otro en la generalidad de los asuntos"*.

De otro lado, *"como se acostumbra entender en el derecho internacional de los derechos humanos, si bien la cláusula de igualdad no impone necesariamente, en ciertas condiciones, el reconocimiento de un derecho sustantivo determinado, si el Estado lo otorga, debe hacerlo de manera equitativa y no excluyente"*. Por ende, *el precepto impugnado establece una diferencia arbitraria, transgrediendo las garantías de igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos"*.⁷⁰

7. Reconocimiento de filiación

En otro caso se cuestiona el artículo 206 del Código Civil, norma que introduciría una diferencia entre la misma categoría de personas, que corresponden a aquéllas que reclaman el reconocimiento de su filiación.

En efecto, *"la norma legal reprochada permite accionar contra los herederos del supuesto padre o madre para obtener ese reconocimiento sólo en dos casos: a) si el hijo es póstumo o b) si el padre o madre fallece dentro de los 180 días siguientes al parto. En cambio, quienes también reclaman el reconocimiento de su filiación, pero no se encuentran dentro de los supuestos previstos en la norma cuestionada, carecen de acción para obtenerlo"*.⁷¹

⁷⁰ Rol 1373/2009. En el mismo sentido, Rol N° 1873/2010.

⁷¹ Rol 1340/2009.

8. Exclusión del daño moral en afectaciones a la honra

El precepto legal cuestionado, al impedir siempre la indemnización del daño moral por afectaciones al derecho a la honra ocasionadas por imputaciones injuriosas, establece una distinción claramente arbitraria que afecta en su esencia ese derecho al obstaculizar su reparación.⁷²

Adicionalmente, el precepto legal cuya aplicación se cuestiona resulta desproporcionado, *"pues impide de modo absoluto y a priori la indemnización del daño moral cuando se estima lesionado el crédito u honra de una persona por imputaciones injuriosas y el juez de fondo pudiera determinar su procedencia"*.⁷³

9. Regulación legislativa respecto de cibercafés.

La exigencia legal de llevar un registro de usuarios exclusivamente a los establecimientos cuya actividad principal es *"ofrecer accesos a internet, sin que existan suficientes antecedentes como para inferir –con valor de probable verdad y un cierto poder predictivo– que en ellos se cometen preferentemente los delitos pesquizados, dando así origen a una condición que de suyo los estigmatiza, desalienta el ingreso de quienes repudian la sensación de vigilancia constante y, por ello, podría inducir su migración hacia otros establecimientos que brindan servicios iguales, tales como hoteles, clubes, cafeterías, bares y restaurantes"*. Este menoscabo deja, pues, a los titulares de cibercafés *"en una posición desmedrada frente a sus competidores sustitutos, lo que infringe la garantía del N° 2° del artículo 19 constitucional, al no existir un tratamiento de igualdad en el ejercicio de actividades comerciales análogas"*.⁷⁴

10. Ley de inscripción automática

El TC estima que una disposición legal es inconstitucional al establecer, en forma discriminatoria, un acceso privilegiado a la información contenida en el Registro Electoral sólo en favor de centros de estudios o de investigación, *"entregando al Consejo del Servicio Electoral una atribución discrecional, sin parámetro legal alguno, para decidir sobre la procedencia de las solicitudes de información, contraviniendo así el principio de igualdad ante la ley"*.

De igual forma, se resolvió respecto de otra norma que contemplaba igual privilegio para los partidos políticos en lo referente al acceso a la información contenida en el Padrón Electoral Provisorio y la Nómina Provisoria de Inhabilitados.⁷⁵

⁷² Roles 1419/2009, 1679/2010 y 1798/2010.

⁷³ Roles 1419/2009, 1463/2009, 1679/2010 y 1798/2010.

⁷⁴ Rol 1894/2011.

⁷⁵ Rol N° 2152/2011.

V. Impugnación del estatuto matrimonial fundado en la diferenciación de sexo

En relación a la igualdad ante la ley, un asunto que motivó especial estudio por el TC fue el relativo al requerimiento judicial respecto del artículo 102 del Código Civil, según el cual el matrimonio está reservado para personas de distinto sexo.

1. El requerimiento de la Corte de Apelaciones

Se cuestionaba por la respectiva Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago la circunstancia que la definición de matrimonio, fundada en la diferenciación de sexo, pudiera producir efectos contrarios a la Constitución Política en el caso concreto, en particular a la igualdad ante la ley.

2. La decisión

La presentación judicial se desecha desde que *"lo que se pretende por su intermedio es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual. En efecto, si bien se ha efectuado una impugnación aislada de un artículo, lo que verdaderamente se impugna es la aplicación de un estatuto jurídico complejo derivado del vínculo matrimonial entre hombre y mujer, que se encuentra regulado en su estructura esencial en el Código Civil y en la Ley N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil"*. En otras palabras, lo que pretenden los recurrentes es *"que se les reconozca la aplicación del mencionado estatuto, cuestión que no es de competencia de este Tribunal, pues éste no se encuentra facultado para modificar y regular las instituciones que contempla el ordenamiento jurídico mediante un pronunciamiento de inaplicabilidad"*. A mayor abundamiento, *"el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección sub lite se casaron en el extranjero, sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80 de aquel cuerpo normativo, que establece que "los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer"*. De esta manera, *"el reproche al artículo 102 del Código Civil no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas"*.⁷⁶

⁷⁶ Rol 1881/2010.

3. Prevenciones

En esta sentencia se incluyen diversos votos particulares, que parece necesario resaltar en lo relativo a la materia que motivó el requerimiento.

3.1. *Presidente Raúl Bertelsen*

El presidente Bertelsen afirma que: *"teniendo en cuenta que es materia de ley la regulación del matrimonio, la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto legal impugnado no resulte contraria a la Constitución Política"*.

3.2. *Ministros Venegas, Navarro y Aróstica*

Por su parte, los ministros Venegas, Navarro y Aróstica precisan que *"la disposición objetada, al reservar la celebración del matrimonio sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que consagre una diferencia arbitraria o caprichosa, pues es ostensible que su fundamento está en las diferencias naturales entre varón y mujer, que la ley legítimamente ha estimado relevantes para establecer diferencias, como ocurre, por ejemplo, en la legislación laboral y previsional. Del mismo modo, resulta claramente razonable, y no arbitrario o caprichoso, que quienes celebran el contrato matrimonial definido en el artículo 102 del Código Civil sean, precisamente, un hombre y una mujer, habida consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada"*.

Agregan que *"Las motivaciones precedentes han sido también consideradas por otras magistraturas constitucionales. En efecto, recientemente la Corte Constitucional francesa (Conseil Constitutionnel) ante similar situación resolvió que el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regule de forma distinta situaciones diferentes, ni a que se derogue la igualdad por motivos de interés general, siempre que, en uno y otro caso, la diferencia de trato tenga directa relación con el objeto que la Ley persigue, que, manteniendo el principio según el cual el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, el legislador ha estimado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 34 de la Constitución [francesa], que la diferencia de situaciones entre las parejas del mismo sexo y las parejas compuestas por un hombre y una mujer pueden justificar una diferencia de tratamiento en cuanto a las normas del derecho de familia (sentencia 2010-92 QPC, de 28 de enero de 2011). En similar sentido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán*

(Bundesverfassungsgericht) ha decidido que la Constitución Federal asegura el matrimonio en su respectiva fisonomía a través del legislador, y que, en todo caso, éste debe obedecer a los principios estructurales esenciales que impregnan el matrimonio. Concluyendo que, de acuerdo a la jurisprudencia sostenida de ese Tribunal, pertenece a lo anterior el hecho de que el matrimonio es una unión de un hombre con una mujer para una vida en conjunto y duradera (sentencias 1BvF 1/01 y 1BvF 2/01, de 17 de julio de 2002)".

Concluyendo que "con lo razonado en los motivos precedentes podemos afirmar que el contrato de matrimonio definido en el artículo 102 del Código Civil, disciplinado además por otras numerosas disposiciones del mismo cuerpo legal y por la Ley de Matrimonio Civil, entre otras leyes que lo regulan desde diversas perspectivas, es, por su concepción misma, por su origen histórico social, por su fisonomía y por sus finalidades propias, una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer, no siendo admisible concluir, de dicha característica propia de la institución matrimonial tal y como está actualmente consagrada en la legislación civil chilena, que la aplicación del artículo 102 del Código Civil pueda resultar contraria a la Constitución cuando fundamenta la negativa de un Oficial Civil de celebrar el matrimonio de dos varones entre sí. Por el contrario, estimamos que su aplicación en tal caso no resulta contraria a la Constitución, y así debe declararlo este Tribunal Constitucional".

3.3. Ministra Marisol Peña

La ministra Peña previene que "la regulación del matrimonio fue remitida por el constituyente al legislador, teniendo presente no sólo su dualidad de derecho-institución, sino en base a los valores y principios constitucionales que llevan a considerar la estrecha unión en el matrimonio entre un hombre y una mujer y las funciones de la familia concebida como "núcleo fundamental de la sociedad". Una interpretación armónica y de conjunto de las normas constitucionales resulta, pues, indispensable frente a un tema de suyo complejo. Ello explica que la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia de 24 de junio de 2010, pronunciada en el caso Schalk and Kopf v. Austria, haya sostenido que "el artículo 12 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) no impone a los Estados contratantes una obligación de garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio. El artículo 14 tomado en conjunción con el artículo 8, otorgan una provisión de un propósito y alcance más amplio, que no puede ser interpretada como la imposición de una obligación".

De lo antes señalado, concluye que "aun cuando el legislador está facultado para desarrollar un derecho fundamental como el de contraer matrimonio, no puede hacerlo al margen de los valores y principios expresamente consagrados en la Constitución, por imperativo de los incisos segundo y tercero del artículo 6° de la misma Carta Fundamental".

3.4. Ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García

Por último, los ministros Fernández, Carmona, Viera-Gallo y García expresan en su voto que *"las categorías "sexo" y "orientación sexual" corresponden a las denominadas categorías sospechosas de discriminación que inciden en el juicio de razonabilidad. Cuando se recurre a ellas, se invierte la presunción de constitucionalidad de que goza el legislador en virtud del principio de deferencia, ya que pueden afectar a personas integrantes de colectivos minoritarios más vulnerables en razón de una trayectoria de discriminación. Lo anterior exige realizar un examen más estricto de razonabilidad. Así se desprende de los artículos 1° y 19 N°2° de la Constitución (...) Por su parte, el mismo criterio es empleado por el Código Civil, al definir qué debe entenderse por persona (artículo 55), así como el Código del Trabajo (artículo 2°) y el Estatuto Administrativo (artículo 17), respecto del acceso igualitario al trabajo y a la función pública, respectivamente".* Añaden que *"en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1, se sostiene que el Estado debe respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en dicho Pacto, y señala enseguida: "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", identificando así una serie de criterios sospechosos de discriminación, entre los que se encuentra el sexo y se comprende la orientación sexual. Lo mismo hace la Convención Americana, en su artículo 1.1, al señalar que el Estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado sin discriminación, principio que se ve reforzado en el artículo 24 de dicha Convención, que consagra la igualdad ante la ley. Ello se ve reforzado por lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belén Do Pará, y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer".* Como lo ha sostenido este Tribunal, agregan: *"el empleo de estos criterios sospechosos puede transformarse en una categoría contraria a la igualdad ante la ley cuando manifieste el "propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas" (STC Rol 986/2008; STC Rol 1414/2010)".*

Ahora bien, prosiguen los señalados ministros en su voto particular: *"el legislador ha reconocido los efectos jurídicos de las relaciones entre parejas del mismo sexo, principalmente para efectos punitivos. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no contempla ninguna regulación explícita y completa de ese tipo de uniones. Cuando se excluye la proyección pública de una relación homosexual a través de los mecanismos que el legislador determine, se está sosteniendo, directa o indirectamente, que se trata de un tipo de relaciones de una calidad insuficiente, incapaz de dar origen a un conjunto claro de derechos y deberes. La omisión del legislador genera una situación de vulnerabilidad y grave desprotección para las uniones de personas del mismo sexo".*

Se agrega que *"desde un tiempo a esta parte se han presentado diversas iniciativas de ley destinadas a llenar ese vacío y a poner término a una falta de cumplimiento del deber del Estado de brindar protección y reconocimiento a ese tipo de convivencias"*.

Concluyendo que *"será resorte del legislador verificar cuán profundo y extenso deba ser ese reconocimiento legal. A los poderes colegisladores les compete resolver las cuestiones que atañen a los conflictos sociales y morales de nuestro tiempo, terminando con el déficit de regulación existente, y respetando las normas y principios constitucionales. En tal tarea el legislador deberá evitar toda forma de discriminación arbitraria o de menoscabo en la dignidad y derechos de las personas; incluso deberá procurar –como ha dicho el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en un caso similar al sub lite– que el principio de "iguales pero separados", que sirvió de fundamento al apartheid, no tenga aplicación en el Derecho de Familia en razón de la orientación sexual de los sujetos (CCT 10/04, 1/12/2005)"*.

4. Disidencia

La decisión fue adoptada con el voto en contra del Ministro señor Vodanovic, quien señaló que la norma importaba una forma de discriminación en atención a la consideración del sexo de los contrayentes.

En efecto, afirma que *"privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso a una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena; e implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja, desde el momento que se les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna justificación razonable en una república democrática que acepta la diversidad de formas de vida"*.

5. La decisión de la Corte Suprema

El máximo tribunal desecha –en definitiva– la acción de protección, gestión pendiente que motivó la inaplicabilidad, confirmando la sentencia de primera instancia,⁷⁷ aunque eliminando algunos considerandos, agregando la circunstancia que el *"propio recurrente acepta que hay un precepto legal –artículo 102 del Código Civil– que concretamente contempla la situación. A este respecto, no cabe duda de que para juzgar la legalidad de la conducta del funcionario recurrido esta Corte debe dar aplicación a dicha ley vigente. Conforme a ello procede concluir que no hay acto ilegal, puesto que el criterio adoptado por el funcionario se ajustó a lo dispuesto en el precepto mencionado y a lo prevenido en la Ley de*

⁷⁷ Rol N° 6.787-2.010, 9 de diciembre de 2011.

Matrimonio Civil, nítidos en cuanto a su sentido y alcance, sin que exista alguna regla de hermenéutica legal que aplicada al caso pueda llevar a una conclusión distinta, esto es, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentre contemplado el matrimonio entre personas del mismo sexo".

Añadiendo que "lo anterior implica que la materia en cuestión se encuentra regulada por ley por ser de su dominio, de modo que la vía cautelar de autos no es la adecuada si lo que se intenta es que esta Corte autorice o reconozca el matrimonio de personas del mismo sexo".

Concluyendo que se coincide con lo expresado por el voto del presidente del Tribunal Constitucional, en cuanto a que "la definición del mismo contenida en el artículo 102 del Código Civil de 1855 y mantenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil de 2004, al reservar su celebración sólo a personas de distinto sexo, no puede estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente, ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto no resulta contraria a la Constitución".⁷⁸

VI. Requerimiento parlamentario contra Ley Antidiscriminación

En este caso, el TC rechaza la presentación parlamentaria en contra de una disposición del proyecto de ley, fundada en la circunstancia que existen peticiones incompatibles.

En efecto, se indica que "no se explicitan las consideraciones que transforman en una reforma constitucional el precepto legal que se impugna, a la vez que no resulta lógico que en subsidio se solicite su carácter de norma interpretativa".

De esta manera "lo que se impugna es un precepto legal que tendría el carácter más bien de una reforma constitucional, la que no habría sido aprobada conforme al procedimiento y quórum previsto en la Carta Fundamental".

Sin embargo, en materia de cuestión de constitucionalidad, "o se trata de un precepto legal que se estima contrario a la Constitución o derechamente se está en presencia de una ley de reforma constitucional que presenta vicios formales, pero desde un punto de vista lógico no puede reunir ambas condiciones a la vez, todo lo cual no se encuentra suficientemente explicitado, transformando en inidónea la presentación, desde el punto de vista de su fundamentación jurídica".

⁷⁸ Rol N° 12.635-2011, 4 de abril de 2012.

De forma tal que *"no resulta coherente ni lógico con la naturaleza de un requerimiento de constitucionalidad de una ley que se formulen, en los términos planteados, dos peticiones tan contradictorias, desde que o se trata de una ley de reforma constitucional que es aprobada sin el quórum constitucional exigido o se está en presencia de una ley interpretativa, pero en tal caso los argumentos deberían formularse de un modo diferente, en atención a la diversa condición de ambos preceptos en relación a la Carta Fundamental"*.

Del mismo modo, en principio, *"no se aviene con la naturaleza propia del control constitucional preventivo y facultativo de las leyes, previsto en el artículo 93 N° 3° de la Constitución Política de la República, el que se soliciten peticiones de carácter subsidiario y contradictorias, como las del caso de autos"*.⁷⁹

Cabe, por último, tener presente, que al momento de enviar este artículo a imprenta, el TC se encuentra revisando –en sede de control constitucional obligatorio– la aludida normativa.⁸⁰

El proyecto de ley define discriminación arbitraria en los siguientes términos, en su artículo 2°:

"Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público.

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del

⁷⁹ Rol 2160/2011.

⁸⁰ Rol 2231/2012.

artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima".

VII. Conclusiones

De lo señalado es posible concluir lo siguiente:

1. La igualdad ante la ley tiene fundamento constitucional en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, cuyos antecedentes se remontan a las Cartas de 1925 y 1833.
2. En la jurisprudencia del TC en los últimos años se ha ido evolucionando en la conceptualización de la igualdad ante la ley, no sólo ya como la prohibición de diferenciación basada en razones de sexo, estipe o condición, sino también como la igualdad entre los iguales, esto es, entre los que se encuentran en la misma situación, a los que debe aplicarse el mismo estatuto jurídico.
3. Adicionalmente, como se ha expresado, la Carta Fundamental prohíbe la discriminación arbitraria, la que en la más reciente jurisprudencia del TC se ha asociado a la adecuada ponderación y razonabilidad de la medida o diferencia, para lo cual debe efectuarse un test de proporcionalidad, siguiendo en tal sentido la doctrina del TC alemán.
4. De la revisión de la jurisprudencia del TC, en particular en los últimos seis años, ha entendido que no existe diferencia carente de razonabilidad, entre otros casos, al establecerse diversos procedimientos, con distinta vigencia, como igualmente al configurarse diversos tipos penales, o establecerse por ley financiamientos o beneficios económicos especiales.
5. Por el contrario, se ha estimado que sí se infringe la igualdad ante la ley, por ejemplo, en la circunstancia que se establezcan diferencias tributarias injustificadas, pérdida de beneficios, falta de igualdad de armas procesales, regímenes recursales diferentes, desigualdad en materia de plazos filiativos, como también una regulación legal carente de razonabilidad o beneficios especiales para ciertos actores respecto de acceso a la información.
6. Se cuestionó la circunstancia de que el matrimonio, por expresa definición legal, sólo pudiera celebrarse entre personas de distinto sexo, lo que no se consideró como contrario a la igualdad a la ley.
7. Finalmente, se requirió por parlamentarios respecto de la Ley Antidiscriminación, lo que fue rechazado por razones de carácter formal, en atención a la naturaleza de las peticiones.