



Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho

**“ANÁLISIS DE REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO EN
LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO DURANTE EL AÑO
2010”**



Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. En el marco del Proyecto Fondecyt Iniciación "Teoría y práctica del Derecho Comparado por parte del Tribunal Constitucional Chileno 2006-2012: análisis crítico". Investigador Principal: Prof. Amaya Álvez Marín.

Marcela Alejandra Vallejos Norambuena 2014.
Profesora Guía Dra. Amaya Álvez Marín

CAPITULO 1: MARCO TEÓRICO

La reinserción de Chile en la comunidad internacional ha sido uno de los objetivos prioritarios del período de transición a la democracia que se iniciara en 1990. La primera vía ha sido la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes como fuentes directas del Orden Constitucional Chileno, aun cuando su especificidad y jerarquía sigue siendo debatida por la doctrina nacional.¹

Una segunda vía para reinsertar a Chile en la comunidad internacional, ha sido la utilización de Derecho Comparado, entendido como ejemplos foráneos que ayudan a abordar la problemática jurídica local. Este ámbito ha sido muy poco tratado por la doctrina o simplemente abordado como parte del Derecho Internacional sin mayores distinciones. Este trabajo de investigación propone el estudio de un marco teórico para la aplicación del Derecho Comparado en Chile.²

Se intenta evaluar esta reinserción en la comunidad internacional, desde la perspectiva de los jueces constitucionales. Ello ya que en opinión de autores como Duncan Kennedy, el pensamiento jurídico occidental retrata como figura jurídica central, al juez, como núcleo legal, los catálogos de derechos humanos, y como ideal jurídico, la existencia de una sociedad pluralista que reconoce y gestiona las diferencias.³ El caso Chileno parece estar alejado de esta descripción, no solo por el debate pendiente acerca del contenido preciso de nuestro catálogo de derechos fundamentales, sino que también el rol que le cabe a los jueces constitucionales, y por ello hemos considerado relevante la presente investigación.

Para lograr la deseada reinserción internacional, uno de los grandes desafíos para el orden constitucional chileno tras el retorno a la democracia en 1990, ha

¹ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, Tomo I; Mario Verdugo Marinkovic; Emilio Pfeffer Urquiaga, Emilio; y Humberto Nogueira Alcalá. *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2002; Cecilia MEDINA. La jerarquía en Chile de los Tratados de Derechos Humanos, página 45. Artículo publicado en el libro "Constitución, Tratados y Derechos Esenciales", Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1993.

² Humberto Nogueira, "El uso del Derecho Extranjero y del Derecho Internacional por parte del Tribunal Constitucional Chileno durante el período 2006-2007", *Revista de Derecho PUCV XXXVII* Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2011, pp. 275-326.

³ Duncan Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1950-2000" in David Trubek and Alvaro Santos, eds., *The New Law and Economic Development. A critical appraisal* (New York: Cambridge University Press, 2006), pág. 66.

sido la continuidad jurídica impuesta por la Constitución Política de la República de Chile de 1980, aceptada como herramienta política transicional. Parte de esa problemática es el consenso constitucional forzado utilizado como estrategia de transición en Chile en el período 1990 – 2005.⁴ Ya que creemos que una mirada más cercana a lo que normalmente se considera una exitosa transición a la democracia en Chile⁵, revela que en materia de derechos fundamentales, ésta ha sido a costa de una falta de debate sobre el modo en que los derechos constitucionales se definen y defienden, labor en la cual el derecho comparado usado de forma metodológicamente correcta podría ser de gran utilidad a la doctrina nacional relevante y así permear a todos los actores jurídicos.⁶ La mayoría del trabajo académico de Chile en el ámbito del derecho constitucional sólo se ocupa de materias doctrinales, dejando fuera los compromisos políticos e ideológicos de la Constitución de 1980. Este trabajo abre un debate sobre el papel que el Tribunal Constitucional debe desempeñar en Chile democrático: un papel que tiene los jueces más allá de interpretaciones técnicas de la ley hacia un compromiso más activo con la observancia de los derechos humanos y el equilibrio de intereses en conflicto. Una dificultad adicional, es que en general, las sentencias de los tribunales no han jugado un rol relevante en Chile. En parte, esto se debió a la tradición del derecho civil en la que los jueces no son personalmente responsables por la doctrina que producen y, se conjuga con que hasta hace muy poco solo existía una publicación selectiva de fallos. Esta situación sólo cambió en 2012, cuando el Poder Judicial estableció una base de datos pública de las resoluciones judiciales adoptadas por la Cortes de Apelaciones y Corte Suprema.⁷ La tradición del Derecho Civil se ha presentado por parte de la doctrina como un sistema con baja legitimidad debido a la poca transparencia que se refleja en votos judiciales sin mayor fundamentación, con una forma silogística - o al

⁴ Amaya Alvez, “Forcing Consensus: Challenges for Rights-based Constitutionalism in Chile” en Colin Harvey & Alex Schwartz, eds., *BILL OF RIGHTS IN DIVIDED SOCIETIES* (Oxford: Hart Publishing, Julio 2012), Jorge Contesse, ‘Las Instituciones Funcionan: Sobre la Ausencia de Diálogo Constitucional en Chile’ (2008) Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social; y, Manuel Antonio Garretón, ‘La redemocratización política en Chile: transición, inauguración y evolución’ (1991) 42 *Revista Estudios Públicos* .

⁵ Esteban Montes y Tomás Vial, ‘The Constitution-building process in Chile: the authoritarian roots of a stable democracy’ (2005) in *The Role of Constitution-building processes in Democratization* (International IDEA) available at <http://www.idea.int/cbp/upload/CBP-Chile.pdf> [visitado con fecha enero de 2014].

⁶ Jennifer Nedelsky, “Reconceiving Rights and Constitutionalism”, 2008, 7 *Journal of Human Rights*.

⁷ Base de datos disponible en http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php [visitado con fecha enero de 2014].