



UNIVERSIDAD  
DE CHILE

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

**El principio de proporcionalidad y su aplicación por el Tribunal  
Constitucional en la Sentencia Rol N° 3729-2017**

**Isidora Micaela Molina Smith**

**Profesor Guía: Lautaro Contreras Chaimovich**

Santiago, Chile

2023

## Índice

▪	Introducción.	4
<b>I.</b>	<b>CAPÍTULO I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN GENERAL.</b>	<b>6</b>
<b>1.</b>	<b>Origen del principio de proporcionalidad.</b>	<b>6</b>
<b>2.</b>	<b>Delimitación del principio de proporcionalidad.</b>	<b>12</b>
▪	Subprincipio de idoneidad.	15
▪	Subprincipio de necesidad.	16
▪	Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.	16
<b>3.</b>	<b>Aplicación y elementos del principio de proporcionalidad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Constitucional de España.</b>	<b>19</b>
▪	Sentencia de 11 de junio 1958—Caso Farmacias.	20
▪	Sentencia de 9 de marzo de 1994—Cannabis.	21
▪	Sentencia de 10 de octubre de 1995.	23
▪	Sentencia de 28 de mayo de 1993—Interrupción del embarazo.	24
▪	Sentencia 66/1995.	26
▪	Sentencia 55/1996.	28
▪	Sentencia 207/1997.	30
<b>4.</b>	<b>Criterio para la aplicación del principio.</b>	<b>31</b>
▪	Medidas tomadas por autoridades estatales que limitan derechos fundamentales. 33	
▪	Derechos fundamentales afectados.	34
▪	Análisis objetivo del principio: subprincipios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.	34
<b>II.</b>	<b>CAPÍTULO II: SÍNTESIS DE LA SENTENCIA ROL N° 3729-2017.</b>	<b>34</b>
<b>1.</b>	<b>Regulación histórica del aborto en Chile.</b>	<b>35</b>
▪	Regulación del aborto en el Código Penal de 1874.	35
▪	Regulación del aborto en el Código Sanitario de 1931.	36
▪	Reforma al Código Sanitario de 1968.	37

▪ Ley 18.226 de 1989.	37
▪ Mensaje N°1230-362 de 2015.	39
▪ Tramitación del proyecto en el Congreso.	40
▪ Requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.	41
<b>2. Razonamiento del Tribunal Constitucional.</b>	<b>44</b>
<b>3. Aplicación del principio de proporcionalidad.</b>	<b>46</b>
<b>III. CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA ROL N° 3729-2017 EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD UTILIZADO EN DERECHO COMPARADO.</b>	<b>49</b>
▪ Conclusión.	54
▪ Bibliografía.	56
▪ Jurisprudencia citada	58
▪ Otros.	58

- **Introducción.**

El principio de proporcionalidad es un pilar fundamental en la jurisprudencia constitucional de numerosas naciones, desempeñando un papel crucial en la ponderación de las medidas estatales que impactan en los derechos fundamentales consagrados por la Constitución. Este principio se ha establecido como un mecanismo esencial para evaluar la adecuación y equidad de las acciones estatales en relación con los derechos individuales y colectivos.

En este contexto, es de particular interés analizar la aplicación del principio de proporcionalidad en dos destacados sistemas jurídicos europeos: Alemania y España. Esta memoria busca comprender cómo estos tribunales interpretan y aplican el principio de proporcionalidad para evaluar la lesividad de las medidas estatales en relación con los derechos fundamentales, ya que ambos cuentan con jurisprudencia significativa en este ámbito. A lo largo de este análisis, se examinarán casos emblemáticos, doctrina y enfoques jurisprudenciales que han contribuido a moldear la aplicación de este principio e identificar sus elementos, en estos dos ordenamientos jurídicos.

Además, esta memoria busca exponer la evolución histórica que ha tenido la figura del aborto en Chile, para luego realizar una síntesis del contexto normativo y del conflicto planteado ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelto por la sentencia Rol N° 3729-2017 que se toma como un precedente y un hito histórico en la protección de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres.

En última instancia, este estudio busca arrojar luz sobre las similitudes y diferencias en la aplicación del principio de proporcionalidad en Alemania y España, en comparación con la aplicación que ha tenido en Chile, específicamente en la sentencia Rol N° 3729-2017 que rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de despenalización del aborto en tres causales.

En este sentido, se busca analizar si es que coincide con cómo se ha aplicado en la jurisprudencia de su lugar de origen, más específicamente en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y en el Tribunal Constitucional español, centrándonos en la jurisprudencia de dichos tribunales para su análisis, y en lo que han dicho los autores especialistas en la materia, ofreciendo una visión crítica y comparativa que enriquezca la comprensión de este importante concepto en el ámbito de los derechos fundamentales y la jurisprudencia constitucional.

## **I. Capítulo I. El principio de proporcionalidad en general.**

### **1. Origen del principio de proporcionalidad.**

Como primera aclaración, debemos mencionar que el principio de proporcionalidad ha sido desarrollado de manera diferenciada en Europa continental y Estados Unidos. En consecuencia, ambas corrientes tienen un distinto origen y evolución.

En este trabajo, se llevará a cabo un análisis de la concepción europea continental del principio de proporcionalidad. No obstante, antes de entrar en detalles sobre este enfoque, es pertinente proporcionar una breve descripción de cómo se ha interpretado este principio en la corriente estadounidense.

Sapag<sup>1</sup> menciona que, en el derecho anglosajón, y en los países en los que ha influenciado de manera preponderante, se suele hablar de “principio de razonabilidad” para referirse a los criterios de control sobre el contenido de las leyes y su conformidad con el ordenamiento constitucional. En Estados Unidos, la garantía de razonabilidad es reconocida como la cláusula del debido proceso legal sustantivo (*substantive due process of law*).

Ahora bien, en cuanto al principio de proporcionalidad desarrollado en Europa continental, y considerando que en ambas tradiciones jurídicas se ha perfeccionado a partir del siglo XIX, con el nacimiento del Estado liberal moderno, hay autores que plantean que su origen tiene raíces aún más profundas.

---

<sup>1</sup> Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado. *Diakon*, 17, pág. 163.

El autor alemán Ingo Kraft en su artículo sobre el principio de proporcionalidad en el contexto del derecho alemán (pág. 577)<sup>2</sup> plantea que la primera noción de proporcionalidad se remonta al derecho romano con el concepto de justicia retributiva y la pena proporcional (*iustitia vindicativa*), idea que todavía persiste en el derecho penal moderno. La faceta de la justicia distributiva (*iustitia distributiva*) también se relaciona con la idea de proporcionalidad en cuanto no concede a todos lo mismo, sino lo suyo propio (*suum cuique tribuere*).

Además, existen autores como Bernal que sostienen que “*el surgimiento del principio de proporcionalidad, como concepto propio del Derecho Público europeo, se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración*”<sup>3</sup>.

Sin embargo, la mayoría de los autores reconoce el origen del principio de proporcionalidad en 1791, cuando el reformista prusiano Karl Gattlieb Svarez, miembro del Tribunal Supremo de Prusia formuló el primer principio de derecho constitucional público; el Estado sólo tenía derecho a restringir la libertad de los individuos en la medida necesaria para satisfacer la libertad y seguridad de todos. Asimismo planteó que el daño que se pretendiese evitar con la restricción de la libertad debía ser mucho mayor a la desventaja que los individuos sufrirían con dicha restricción<sup>4</sup>.

Así fue como el principio de proporcionalidad como límite a los actos de la autoridad encontró su camino en la legislación con la cláusula general de policía de la Ley General de Tierras de los Estados Prusianos (1794), redactada por Svarez. Esta cláusula establecía la “prohibición de exceso” como un criterio de control sobre los actos de la administración y como límite al ejercicio del poder de la policía.

---

<sup>2</sup> Ingo Kraft, “Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis”, en *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl)*, (2007), pág. 577.

<sup>3</sup> Bernal Pulido, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, pág. 81.

<sup>4</sup> Arnold, R., Martínez Estay, J. I., y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 10(1), pág. 67.

Podemos destacar que el principio de “prohibición de exceso”, como base del principio de proporcionalidad, se desarrolló primero en uno de los ámbitos más intensos de la intervención estatal en los actos del individuo, como lo es la relación de los ciudadanos con la policía y la aplicación administrativa de los actos de la autoridad. Es aquí donde el poder del Estado se implementa de manera más aguda.

*“En efecto, Otto Mayer<sup>5</sup> explica que la medida del poder de policía exige que sea proporcionada, que deriva del derecho natural y la propia naturaleza del ejercicio de esta potestad: se trata de una medida natural que ‘adquiere la importancia de un límite jurídico serio’”<sup>6</sup>*

En este mismo sentido, Perello señala que:

*“La nueva concepción liberal del Estado y de la actividad de Policía que surge en el siglo XIX, caracterizada por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento de una serie de derechos que limitan la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de policía, determina un claro desarrollo del principio. De manera que la actividad de policía no se concibe como un poder ilimitado, sino que se van configurando una serie de normas y principios de los que deriva que las intervenciones policiales sólo son lícitas en la medida que son imprescindibles y adecuadas a los fines que persiguen.”<sup>7</sup>*

El Tribunal Administrativo Superior de Prusia acogió positivamente el precepto de proporcionalidad de la acción policial, y lo estimó como vinculante para el poder ejecutivo. A partir del derecho policial, este principio fue impregnando el derecho

---

<sup>5</sup> Mayer, O. (1982). Derecho administrativo alemán (2da ed.). (H. Heredia y E. Krotoschin, Traductores). Buenos Aires: Depalma, pág. 31.

<sup>6</sup> Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado, pág. 171.

<sup>7</sup> Perello, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. Jueces para la democracia, 28, pág. 69.

administrativo y sustituyó la necesidad de una regulación explícita en el ordenamiento jurídico<sup>8</sup>.

*“La idea de proporcionalidad se remonta a un criterio tradicional del derecho penal: la exigencia, por un lado, de que las penas deben ser graduadas en forma proporcional al delito; por el otro, de que se establezcan con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social del hecho y el bien jurídico protegido. Esta exigencia de proporcionalidad surge de un concepto clásico del derecho penal conocido como la ‘prohibición de exceso’, que se remonta a la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo de Prusia (1875-1941).”<sup>9</sup>*

Con el objeto de controlar este tipo de proporcionalidad, el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de Prusia, fundado en 1875, comenzó a proteger la libertad como si fuera un derecho natural. El Tribunal interpretó el principio de proporcionalidad en línea con el subprincipio de necesidad, lo que significa que lo consideró como un estándar para garantizar que las restricciones a las libertades individuales se aplicaran de la manera menos perjudicial posible<sup>10</sup>.

No obstante, estas primeras manifestaciones del principio de proporcionalidad se originaron en un período en el que el poder legislativo no estaba sujeto a la Constitución, por lo que se empleaba únicamente en los actos del ejecutivo, dejando numerosos ámbitos fuera de su alcance y control. Durante esta época, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho tenían un desarrollo más bien formal que material, basado en el principio de legalidad y no en el de constitucionalidad.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Arnold, R., Martínez Estay, J. I., y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 67.

<sup>9</sup> Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado. pág. 170.

<sup>10</sup> Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo (Tomo I), pág. 247.

<sup>11</sup> Arnold, R., Martínez Estay, J. I., y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 67.

Los primeros impulsos de aplicación en sede constitucional del principio de proporcionalidad proceden de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Baviera en relación con el artículo 98 de la Constitución Bávara de 1946. En 1948, el Tribunal Constitucional de Baviera por primera vez tuvo en cuenta un razonamiento medio-fin para definir la necesidad de una ley formal. De este modo, el poder legislativo pasó a estar sujeto también a la “prohibición de exceso” o al principio de proporcionalidad.

El último paso en la recepción del principio en el derecho común y constitucional fue consecuencia de la dictación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en Alemania. A partir de ese momento, el Tribunal Constitucional Federal comenzó a utilizar el principio de proporcionalidad con deferencia a los derechos fundamentales y al Estado de Derecho.<sup>12</sup> En este sentido se pronunció sobre la posibilidad de preservar la detención durante la prisión preventiva:

*“En la República Federal Alemana el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Éste principio tiene su fundamento en el principio del Estado de derecho y en la esencia de los mismos derechos fundamentales que, como expresión del derecho general del ciudadano a la libertad frente al Estado, sólo puede ser limitado en forma amplia por el poder público cuando ello sea indispensable.”<sup>13</sup>*

Cabe aclarar que, si bien el principio de proporcionalidad no está expresamente establecido en la Ley Fundamental, es utilizado como criterio por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania para controlar las actuaciones estatales que

---

<sup>12</sup> Arnold, R., Martínez Estay, J. I., y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 68.

<sup>13</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 150). Recuperado de [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038)

emanan del poder legislativo, ejecutivo o judicial que afecten derechos fundamentales.

Ciertos autores han explicado la aplicación de este principio por parte del Tribunal Federal considerando las características sociales, políticas y jurídicas de la Alemania del siglo XX.

*“Primero, los componentes básicos del principio de proporcionalidad ya se encontraban presentes en la cultura jurídica alemana. Segundo, la mayoría de los jueces del Tribunal Constitucional Alemán eran académicos familiarizados con el principio de proporcionalidad. Por último, gracias que la mayoría del pueblo alemán quería dejar atrás la era Nazi, el Tribunal contaba con una enorme legitimación en su compromiso para fungir como guardián de los derechos fundamentales. Asimismo, vale la pena enfatizar que la Ley Fundamental Alemana también salvaguardaba este compromiso”<sup>14</sup>*

En los últimos cincuenta años la doctrina alemana del principio de proporcionalidad, a partir de la jurisprudencia de este Tribunal, se ha expandido a casi todas las esferas del derecho en diversos ordenamientos jurídicos del mundo, a pesar de que no se encuentre expresamente establecido en ninguna disposición normativa:

*“Por ejemplo, las jurisdicciones francesa, italiana y española utilizan este principio como un criterio para controlar la legalidad de los actos de la administración pública, en especial, la de aquellos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales.”<sup>15</sup>*

Como se verá a continuación, Chile no es la excepción.

---

<sup>14</sup> Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. pág. 250.

<sup>15</sup> Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. pág. 248.

## 2. Delimitación del principio de proporcionalidad.

Como ya vimos, el principio de proporcionalidad apunta a la revisión de las actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes del Estado contra los ciudadanos, y a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, pasó a asegurar los derechos fundamentales.

Sin embargo, falta determinar cómo se construye conceptualmente este principio, y para eso necesariamente hay que referirse a la obra de Robert Alexy (1993), quien desarrolló una teoría sobre los derechos fundamentales basada en una distinción entre reglas y principios:

*“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no.”*<sup>16</sup>

En otras palabras, para Alexy los principios son mandatos de optimización, es decir ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas de un caso concreto y determinado. Asimismo, para este autor los derechos fundamentales tienen la estructura de principios, reconociendo que el Tribunal Constitucional Federal lo ha entendido así en reiterados fallos:

---

<sup>16</sup> Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 86.

*“Los análisis hasta ahora presentados han mostrado que el Tribunal Constitucional Federal, al menos en determinadas situaciones de decisión, concibe a las normas iusfundamentales como principios.”<sup>17</sup>*

Alexy<sup>18</sup> señala que la manera más clara de explicar cuál es el funcionamiento de los principios, es analizar la forma en la que se solucionan las colisiones entre ellos. La ponderación o colisión de principios se refiere a la situación en la que dos principios entran en conflicto, como cuando uno establece una prohibición y otro permite algo. En tales casos, uno de los principios debe prevalecer sobre el otro, pero esto no significa que el principio desplazado sea inválido ni que necesite una excepción. En cambio, en ciertas circunstancias, uno de los principios tiene prioridad sobre el otro. Esto se llama dar mayor peso al principio con mayor importancia en un caso particular. Esto se denomina ley de colisión<sup>19</sup>:

*“Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. (...) Ejemplos de la solución de colisiones de principios los ofrecen las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal.”<sup>20</sup>*

Alexy señala que el proceso para decidir entre uno y otro principio cuando hacen colisión se denomina *ponderación*:

*“Por esta razón, los principios, tomados por sí solos, siempre implican un mero mandato de optimización. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la*

---

<sup>17</sup> Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales, pág. 115.

<sup>18</sup> Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales, pág. 94.

<sup>19</sup> Caminos, P. A. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja," (13), pág. 55.

<sup>20</sup> Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales, pág. 89.

*ponderación. Por lo tanto, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios.”*<sup>21</sup>

Ahora bien y en cuanto al principio de proporcionalidad, según Alexy existe una implicación estrecha entre éste y la teoría de los principios que distingue entre principios y normas. Esto significa que cuando algo se considera un principio, automáticamente se aplica el principio de proporcionalidad, y viceversa.

Cuando se dice que el carácter de principio implica a la vez el principio de la proporcionalidad, quiere decir que éste, con sus partes sobre idoneidad, necesidad (usar el medio menos perjudicial) y proporcionalidad estricta (equilibrar los intereses en juego), se deriva lógicamente de algo que es considerado un principio. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Federal, que sugiere que el principio de proporcionalidad es fundamental para entender y aplicar los derechos fundamentales desde su esencia misma.<sup>22</sup> Es desde este punto, que podemos comenzar a describir los tres subprincipios que delimitan el principio de proporcionalidad.

Según su formulación en el derecho europeo, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se compone de tres subprincipios que lo delimitan: (i) el de idoneidad o adecuación, (ii) el de necesidad y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto.

Cada uno de estos subprincipios requiere un análisis para su concreta aplicación. Desde ya cabe señalar que el (i) y (ii) constituyen un examen relativo a la optimización de las posibilidades fácticas, mientras que el (iii) se refiere a las posibilidades jurídicas de optimización entre los principios. Si alguno de estos subprincipios no es sorteado, la medida que interfiere con el derecho fundamental no satisfará el principio de proporcionalidad.

---

<sup>21</sup> Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (91), pág. 13.

<sup>22</sup> Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 111.

*“Cada uno de los criterios (utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido propio) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación, esto es, todos juzgan la relación de medio a fin, pero bajo un perfil diferente.”<sup>23</sup>*

- **Subprincipio de idoneidad.**

El principio de idoneidad según Alexy<sup>24</sup> excluye la adopción de medios no idóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado. La medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin, esto significa que debe al menos facilitar o tender a la consecución del objetivo propuesto, realizando un juicio de adecuación.

En otras palabras, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo<sup>25</sup>.

En este sentido, se ha señalado que este subprincipio supone un examen implícito de la licitud del fin que la medida persigue<sup>26</sup>. Para evaluar la utilidad o pertinencia de una medida que limita un derecho, se debe comenzar por determinar si es efectiva para lograr el objetivo deseado. En otras palabras, se debe verificar si la medida en cuestión supera el criterio de adecuación, es decir, si existe una relación medio-fin apropiada y eficaz.

---

<sup>23</sup> Barnés, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. Cuadernos de derecho público, (5), pág. 25.

<sup>24</sup> Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, pág. 13.

<sup>25</sup> Covarrubias, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? Estudios Constitucionales, 12 (1), pág. 164.

<sup>26</sup> Covarrubias, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?, pág. 164.

Por lo tanto, es esencial que la restricción impuesta al derecho sea verdaderamente beneficiosa para justificar el propósito perseguido. En términos negativos, la medida no debe ser ineficaz para alcanzar dicho fin<sup>27</sup>.

- **Subprincipio de necesidad.**

El principio de necesidad exige que, de entre dos medios igualmente idóneos respecto de un principio, se elija aquel que sea menos lesivo respecto de otro principio. Este subprincipio se aplica una vez superado el juicio de adecuación o idoneidad.

*“De entre los diversos medios posibles, habrá de optarse por aquel que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es, que no se imponga un sacrificio claramente innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa que pueda satisfacer igual objetivo. Por tanto, de entre las posibles alternativas, deberá elegirse siempre aquella menos gravosa o restrictiva de los derechos.”<sup>28</sup>*

En otras palabras, se debe evitar imponer un sacrificio innecesario cuando exista una alternativa menos perjudicial que pueda alcanzar el mismo objetivo. Por lo tanto, entre las diferentes alternativas disponibles, siempre se debe dar preferencia a la que sea menos gravosa o que limite en menor medida los derechos. Esto implica una cuidadosa consideración de las opciones disponibles antes de tomar una decisión que afecte los derechos de las personas.

- **Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.**

---

<sup>27</sup> Perello, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. Jueces para la democracia, pág. 70.

<sup>28</sup> íbid.

Una vez sorteados los principios de idoneidad y necesidad, se procede a aplicar el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio, según Alexy, realiza una ponderación respecto de las posibilidades jurídicas, por lo que resulta fundamental analizar si se logra un equilibrio adecuado entre las ventajas y desventajas que surgen al restringir un derecho con el objetivo de proteger otro bien jurídico o derecho respaldado por la Constitución. Para lograr esto, resulta inevitable evaluar los distintos intereses opuestos y las circunstancias presentes en cada situación.

En resumen, los beneficios y ventajas resultantes de restringir un derecho deben siempre superar en magnitud a los perjuicios ocasionados a otros bienes o intereses en conflicto<sup>29</sup>.

*“En definitiva ello implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido.”*<sup>30</sup>

Es mediante el principio de proporcionalidad en sentido estricto que se realiza el proceso de ponderación, ya descrito anteriormente. Según Covarrubias<sup>31</sup>, este proceso ha sido ratificado por gran parte de los autores, que han afirmado que la proporcionalidad en sentido estricto es aplicada por los tribunales mediante un criterio “comparativo de beneficio agregado”:

*“En Alemania la medida de autoridad sujeta a examen judicial será legítima cuando ‘el beneficio supere el daño ocasionado al individuo afectado’ por dicho acto de autoridad, criterio que ha sido reiterado también por otros autores, partiendo por el mismo Alexy (...).”*<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, pág. 15.

<sup>30</sup> Perello, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. Jueces para la democracia, pág. 70.

<sup>31</sup> Covarrubias, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?, pág. 171.

<sup>32</sup> Covarrubias, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?, pág. 171.

Robert Alexy<sup>33</sup> describió el principio de proporcionalidad en sentido estricto como un proceso de ponderación respecto de las posibilidades jurídicas. Es decir, si un derecho fundamental con carácter de principio entra en conflicto con un principio contrario, la viabilidad de implementar el derecho fundamental depende del principio opuesto.

Alexy<sup>34</sup> denomina esta ponderación según una “ley de colisión”. Esto significa que se debe sopesar y equilibrar diferentes factores antes de tomar una elección. Ahora bien, la aplicación de principios en situaciones determinadas sigue un orden establecido. Cuando surge un conflicto entre estos principios, se requiere una ponderación para decidir cuál principio prevalecerá. Aquí es donde entra en juego el concepto de “colisión”.

Dado que los derechos fundamentales son reglas esenciales del Derecho, tienen un estatus especial de principio, y cuando chocan con principios que tienen un sentido opuesto, es necesario realizar una ponderación para decidir cuál principio debe tener más peso en esa situación específica.

En resumen, el principio de “proporcionalidad en sentido estricto” se basa en el hecho de que las normas fundamentales del derecho son consideradas principios, y cuando se enfrentan a colisiones con otros principios, se requiere una ponderación ordenada para resolver la situación de manera justa y equitativa.

*“Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.”<sup>35</sup>*

Covarrubias además agrega que la noción de proporcionalidad en sentido estricto de Alexy se sustenta bajo la lógica de un procedimiento de optimización racional del

---

<sup>33</sup> Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales, pág. 112.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid.

bien común<sup>36</sup>. En otras palabras, el proceso de ponderación debe llevarse a cabo siguiendo el análisis de costos y beneficios, y en situaciones en las que hay intereses en conflicto, se debe dar preferencia a la sociedad en su conjunto.

Cabe agregar que el Tribunal Constitucional Federal ha considerado ciertos derechos como no susceptibles de optimización mediante ponderación, pero esto lo trataremos en el siguiente apartado<sup>37</sup>.

Si la medida sujeta al principio de proporcionalidad es idónea, necesaria y proporcional de acuerdo a los análisis realizados bajo estos tres subprincipios, entonces pasará el test de proporcionalidad y será legítima. Si por el contrario, falla alguno de estos criterios será desproporcionada e ilegítima, y podrá ser desestimada.

### **3. Aplicación y elementos del principio de proporcionalidad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Constitucional de España.**

Una vez realizado el análisis del principio de proporcionalidad en términos de su origen y su marco teórico, es apropiado abordar la forma en que este principio ha sido aplicado en la jurisprudencia más significativa del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal Constitucional de España.

#### **a. Tribunal Constitucional Federal de Alemania.**

Como ya se adelantó, el principio de proporcionalidad, sobre todo en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, ha tenido una amplia aplicación por lo que

---

<sup>36</sup> Covarrubias, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?, pág.176.

<sup>37</sup> Sentencia de 10 de octubre de 1995, citada en Covarrubias, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? Estudios Constitucionales, 12(1), pág. 171.

abundan las sentencias que lo recogen. Sin embargo, sólo se analizarán aquellas más relevantes o que han marcado un precedente respecto de otras.

- **Sentencia de 11 de junio 1958—Caso Farmacias.**

Esta sentencia es relevante porque el principio de proporcionalidad se formuló como un medio de atenuación o modulación de la intervención estatal en los derechos y libertades de las personas<sup>38</sup>.

A modo de contexto, la Ley sobre Farmacias – *Apothekeng*– estableció una norma que interfería con la libertad para ejercer una profesión, derecho contenido en la Carta Fundamental. Es decir, la potestad reglamentaria del legislador chocó con la libertad de cada ciudadano para ejercer una profesión.

Lo que se ponderó en este caso fue el interés general o bien común y la libertad de ejercer una profesión.

Así se expresó el Tribunal: *“El derecho fundamental tiene por objeto proteger la libertad del individuo, la potestad reglamentaria asegura la suficiente protección de los intereses comunes (...). Si se busca justificar en la forma más efectiva posible ambas exigencias –igualmente legítimas en el Estado social de derecho–, entonces la solución sólo se puede encontrar a través de un cuidadoso examen del significado de los intereses opuestos y posiblemente en contradicción. Si, además, se sostiene que de acuerdo a la concepción general de la ley Fundamental la libre personalidad humana es el valor supremo y que, por consiguiente, también para el caso de la elección de profesión se debe garantizar la mayor libertad posible, entonces se llega a que esa libertad sólo puede ser restringida en la medida que sea indispensable para el bien común.”*<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Arnold, R., Martínez Estay, J. I., y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 69.

<sup>39</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 321).

Covarrubias<sup>40</sup> menciona que el Tribunal ponderó entre dos intereses opuestos, por lo que la solución recayó en un balance cuidadoso del sentido de los dos opuestos y conflictivos intereses.

El Tribunal Constitucional Federal elaboró en esta sentencia la “teoría de las fases” como expresión específica del principio de proporcionalidad en ese caso concreto. En esta teoría, la libertad del individuo se formuló como un principio, en tanto que la restricción de ella es una excepción. Eso implicó la idea de que la intervención estatal debe ser excepcional, teniendo especial cuidado en la intensidad de sus intervenciones y su impacto respecto al individuo.

La teoría de las fases señala que: “(...) *la finalidad perseguida por el legislador debe ser cumplida en **la fase más baja posible**. En otros términos, la intervención del poder público no debe ir más allá de la intensidad mínima que sería necesaria para un cumplimiento eficaz de la finalidad perseguida, o lo que es lo mismo.*”<sup>41</sup>

Es así como a partir de esta sentencia, el principio de proporcionalidad se presenta como un instrumento eficaz y pragmático para moderar la tensión entre el individuo y los actos de la autoridad y se añade un elemento nuevo, la teoría de las fases.

- **Sentencia de 9 de marzo de 1994—Cannabis.**

En este caso, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania analizó si las disposiciones penales de la Ley sobre Estupefacientes, en tanto penalizaban diferentes formas de comercio ilegal de productos de cannabis, eran compatibles con la Carta Fundamental vigente.

---

<sup>40</sup> Covarrubias, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?, pág. 170.

<sup>41</sup> Arnold, R., Martínez Estay, J. I., y Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pág. 70.

Para ello, se sometió a las disposiciones penales al principio de proporcionalidad, analizando si eran idóneas, necesarias y proporcionales:

*“De acuerdo con ese principio, la ley que restrinja un derecho fundamental debe ser adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada. Una ley es adecuada cuando, con su ayuda, se puede lograr el resultado deseado; es necesaria, cuando el legislador no hubiera podido elegir otro medio, igualmente efectivo, que implicara una restricción o limitación menor del derecho fundamental (...).*

*Para juzgar la idoneidad y necesidad del medio elegido para alcanzar los objetivos deseados, así como para llevar a cabo en este contexto la evaluación y pronóstico de los peligros que amenazan a los individuos o al interés general, se le ha atribuido al legislador un espacio de decisión, el cual sólo puede ser examinado por el Tribunal Constitucional Federal en forma limitada, dependiendo de la clase de asunto que esté en discusión y del bien jurídico que esté en juego, de modo que el Tribunal pueda dictar una sentencia suficientemente segura (...).*

*Adicionalmente, para realizar una ponderación integral entre la gravedad de la intervención y, por otro lado, el peso y la urgencia de los motivos que la justifican, se deben tener en cuenta los límites de la exigibilidad para los destinatarios de la prohibición (...).*

*Las medidas, por tanto, no deben gravar en forma exagerada (prohibición de exceso en la reglamentación [Übermaßverbot] o deber de proporcionalidad en sentido estricto).”<sup>42</sup>*

En base a este fragmento, se puede concluir que el principio de proporcionalidad es el que rige la restricción de los derechos fundamentales en el ámbito legal. Para evaluar la idoneidad y necesidad del enfoque elegido para alcanzar los objetivos

---

<sup>42</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 107).

deseados, se otorga al legislador un margen de discreción. Sin embargo, este margen está sujeto a limitaciones y puede ser revisado por instancias judiciales, como el Tribunal Constitucional, en función de la naturaleza del asunto en discusión y los intereses en juego. Esto asegura que las decisiones legislativas estén en línea con los principios constitucionales.

Además, para realizar una evaluación integral, se debe considerar la gravedad de la intervención en los derechos individuales en comparación con la importancia y urgencia de los motivos que la justifican. También se deben tener en cuenta los límites de lo que es razonablemente exigible para las personas afectadas por la restricción.

En última instancia, se destaca la importancia de evitar medidas excesivas o desproporcionadas en la regulación, lo que se puede entender como una "prohibición de exceso" en la normativa. Esto subraya la necesidad de mantener un equilibrio justo entre los objetivos legítimos y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Mediante este razonamiento, la sentencia sentó un precedente en la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Federal, que determinó que el examen de la medida estatal enjuiciada mediante los criterios de idoneidad y necesidad podría llevar a la conclusión de que un medio en sí mismo es adecuado (idóneo) y necesario para la protección del bien jurídico, sin embargo, podría ser considerado desproporcionado si se determina que los perjuicios a los derechos fundamentales superan el valor del bien jurídico protegido ya mencionado (principio de proporcionalidad en sentido estricto) .

- **Sentencia de 10 de octubre de 1995.**

La aplicación de la lógica consecuencialista o utilitarista del test de proporcionalidad no siempre fue decisiva. Existen algunos criterios sustantivos que prevalecen a la

ponderación. En palabras simples, hay ciertos intereses que no son susceptibles de ser valorados por debajo de otros. Por ejemplo, la dignidad humana, que representa el contenido esencial o la esfera más sensible de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania le asigna especial importancia a este derecho, por lo que no aplica ponderación alguna cuando choca con otro. Esto se demuestra en la sentencia de 10 de octubre de 1995, en la cual el Tribunal establece que:

*“La dignidad humana, como fuente de todos los derechos fundamentales, no es susceptible de ser ponderada con ningún derecho fundamental en particular. Pero, no sólo los derechos fundamentales en particular, sino también en su conjunto, son concreción del principio de la dignidad humana, se requiere siempre una justificación cuidadosa, cuando se crea que el ejercicio de un derecho fundamental puede transgredir la inalienabilidad de la dignidad humana”*.<sup>43</sup>

En resumen, este fragmento resalta la supremacía de la dignidad humana como principio fundamental de los derechos y señala que, aunque los derechos fundamentales se basan en ella, es necesario abordar con cuidado cualquier situación en la que el ejercicio de un derecho pueda afectar la integridad de la dignidad humana.

- **Sentencia de 28 de mayo de 1993—Interrupción del embarazo.**

Si bien el Tribunal Constitucional Federal de Alemania le asigna la categoría de bien jurídico absoluto no susceptible de ponderación a derechos tales como la dignidad humana, esto no es así respecto al derecho a la vida.

---

<sup>43</sup>Covarrubias, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? Estudios Constitucionales, 12(1), nota al pie N° 33, pág. 171.

Es así como el derecho a la vida ha sido sometido al test de proporcionalidad, lo cual se plasma de forma evidente en esta sentencia.

*“La protección de la vida, ordenada por la Ley Fundamental, no es en tal grado absoluta que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos (...). Por otro lado, el deber de protección no se satisface suficientemente por el hecho de adoptar ‘cualquier tipo’ de medidas de protección. Más bien, su alcance ha de determinarse considerando por un lado, la importancia del bien jurídico a proteger y la necesidad que este bien tiene de ser protegido (en este caso, la vida humana del que está por nacer) y, por otro lado, los bienes jurídicos en colisión con aquel (...).*

*Entre los bienes jurídicos en que incide el derecho a la vida del que está por nacer cabe considerar especialmente –tomando como punto de partida el derecho de la mujer embarazada a la protección y respeto de su dignidad humana (Art. 1, párrafo 1 de la ley Fundamental)–, su derecho a la vida y a la integridad física (Art. 2, párrafo 2 de la ley Fundamental), así como el derecho a la personalidad (Art. 2, párrafo 1, de la ley Fundamental).”<sup>44</sup>*

El Tribunal Constitucional Federal señaló que el derecho a la vida del que está por nacer no es un bien jurídico absoluto como la dignidad humana, y que por lo tanto puede ponderarse en relación con otros derechos o bienes jurídicos que colisionan con él. Es decir, no siempre tiene un valor superior a otros bienes jurídicos.

En resumen, a pesar de reconocer la complejidad del balance entre los derechos en conflicto, el fallo determinó que el deber de la mujer de no interrumpir su embarazo, establecido a través de la sanción penal del aborto, podría ceder en "situaciones particularmente difíciles", como cuando su vida esté en peligro. En estos casos, los bienes jurídicos subyacentes a los derechos fundamentales de la

---

<sup>44</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 128).

mujer son tan urgentes que el orden jurídico estatal no puede requerir que la mujer dé prioridad al derecho a la vida del que está por nacer en todas las circunstancias. Este razonamiento se aplica en situaciones debidamente justificadas, como ocurre en casos de violación.

En este fallo no se aplicó formalmente el test de proporcionalidad ni tampoco la proporcionalidad en sentido estricto, pero igualmente el Tribunal utilizó la ponderación al decidir sacrificar, aunque sea parcialmente, el deber de brindar protección al que está por nacer al considerar prevalente el interés de la mujer para interrumpir su embarazo en determinadas circunstancias, sin perjuicio de afirmar también que: *“tratándose de la vida del que está por nacer–, lo que está en juego no es un mayor o menor derecho (...) sino todo, es decir, la vida misma”*<sup>45</sup>

De esta forma el Tribunal admitió que el derecho a la vida del que está por nacer es un bien jurídico de gran importancia, sin embargo, hay otros derechos o bienes jurídicos que estima como superiores al colisionar con él.

#### **b. Tribunal Constitucional de España.**

Ahora bien, respecto al Tribunal Constitucional de España, el principio de proporcionalidad ha seguido la formulación alemana ya comentada en párrafos anteriores, al menos en sus rasgos generales. Es decir, se han empleado los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para analizar la legitimidad de una actuación estatal. A continuación, analizaremos algunas sentencias relevantes que marcaron un precedente en la jurisprudencia constitucional española en relación con la aplicación de este principio.

- **Sentencia 66/1995.**

---

<sup>45</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 129).

En cuanto a su recepción por el Tribunal Constitucional Español, a menudo se menciona por los autores la Sentencia 66/1995 como la primera que teorizó el principio de proporcionalidad de forma dogmáticamente apropiada. La aplicación del principio se realizó al momento de enjuiciar la constitucionalidad de una medida administrativa que obstaculizaba el ejercicio de la libertad de reunión, es decir, de un derecho fundamental. Esta medida consistía en una resolución de la Delegación de Gobierno de Madrid que prohibía la realización de una concentración convocada por un sindicato en el centro de Madrid, ya que la manifestación provocaría una alteración en el tráfico de la capital.

En esta sentencia se emplearon los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto para determinar si la medida administrativa enjuiciada era constitucional o no.

*“Así, refiere en los Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto de la Sentencia, que la medida de prohibición debía ser sometida a un juicio de proporcionalidad, ya que ‘solamente será constitucionalmente legítima si no existen otros medios para preservar el orden publico sin un sacrificio tan importante del derecho de reunión’. Por tanto, señala el Tribunal que para conocer si tal medida restrictiva **supera el juicio de proporcionalidad exigible**, procede constatar si se cumplen las tres condiciones o requisitos expuestos: Si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si, además, era necesaria, en el sentido de que no existía otra mas moderada para el fin perseguido, y, por último, si la misma era ponderada en sentido estricto, es decir, equilibrada por derivarse de ella mas beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otro bienes o valores en conflicto.”<sup>46</sup>*

El Tribunal señaló que para determinar si esta restricción cumplía con el juicio de proporcionalidad, se debían verificar tres condiciones: primero, si la medida podría alcanzar el objetivo previsto; segundo, si era necesaria en el sentido de que no

---

<sup>46</sup> Perello, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. Jueces para la democracia, pág. 72.

había una alternativa menos restrictiva para el propósito perseguido; y tercero, si la medida estaba equilibrada en sentido estricto, es decir, si los beneficios o ventajas para el interés general derivados de ella superaban los perjuicios a otros bienes o valores en conflicto.

Haciendo uso del principio de proporcionalidad, el Tribunal concluyó que no se había afectado la libertad de reunión al extraer del análisis de los tres subprincipios que la medida era idónea y necesaria y proporcional en sentido estricto, aplicándose de forma análoga a como la doctrina jurídica había estado empleando el principio en Alemania.

- **Sentencia 55/1996.**

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional Español se pronunció sobre el valor y significado constitucional del principio de proporcionalidad frente al legislador. La medida enjuiciada era en realidad el artículo de una ley, es decir, un acto del poder legislativo. El derecho fundamental transgredido era el de “proporcionalidad” en relación a los derechos de libertad personal y libertad ideológica.

Por tanto, en este caso se invocó el “derecho” a la proporcionalidad de manera autónoma para enjuiciar la constitucionalidad de una medida. El Tribunal Constitucional Español razonó de la siguiente manera:

*“Que la proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda realizarse de manera aislada respecto a otros principios constitucionales. Es, si se quiere decir así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal opera esencialmente como un principio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales (...) Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse esta medida después que afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la*

*desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabra declarar la inconstitucionalidad.”<sup>47</sup>*

Esto es relevante puesto que el Tribunal se expresó sobre la imposibilidad de reclamar el derecho a la “proporcionalidad” de manera aislada o independiente al entorpecimiento de un derecho fundamental, sin perjuicio que reconoció que la proporcionalidad es un criterio crucial para determinar la validez de las normas constitucionales en función de su conformidad con otros principios y derechos fundamentales.

*“También se afirma que el ámbito en el que normalmente, y de forma particular, resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales.”<sup>48</sup>*

Por último, el Tribunal examinó si la medida enjuiciada cumplía con los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto ya mencionados latamente.

El Tribunal ilustró el razonamiento detrás del principio de necesidad, en cuanto a si existían o no medidas menos gravosas tendientes a cumplir el fin requerido:

*“(…) Y refiere, tras reiterar el amplio margen de libertad del que goza el legislador, que el control constitucional sobre la existencia o no de medidas menos gravosas pero de la misma eficacia, tienen un alcance y una intensidad muy limitadas pues ‘se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, de modo que si sólo a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarios para alcanzar los fines*

---

<sup>47</sup> Perello, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. Jueces para la democracia, pág. 73.

<sup>48</sup> Ibid.

*de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades perseguidas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico*<sup>49</sup>.

En resumen, el Tribunal concluyó que el control constitucional sobre la existencia de medidas menos gravosas pero igualmente eficaces se lleva a cabo con un alcance y una intensidad restringidos. El objetivo principal es verificar si se ha realizado un sacrificio innecesario de los derechos garantizados por la Constitución. Este control se limita a determinar si resulta evidente que existe un medio alternativo menos restrictivo de derechos que podría lograr la misma eficacia en la consecución de los fines perseguidos por el legislador. En caso de que así sea, la norma podría ser eliminada del ordenamiento jurídico.

- **Sentencia 207/1997.**

En esta sentencia la medida enjuiciada emana del poder judicial. En efecto, es una resolución de un Juzgado de Instrucción que, en el curso de una investigación penal, ordenó la práctica de una actuación pericial corporal consistente en la remoción de un pelo del recurrente, para determinar si era consumidor de estupefacientes.

Para resolver sobre la constitucionalidad de esta actuación, una vez constatada la ejecución de la medida y la transgresión al derecho a la integridad física e integridad personal, el Tribunal analizó si el sacrificio de tales derechos tenía una justificación objetiva igualmente importante, de acuerdo al principio de proporcionalidad y su formulación ya detallada en las dos sentencias anteriores.

En este sentido, el Tribunal se manifestó diciendo que la medida no cumplía con el subprincipio de necesidad, considerando que, al enmarcarse en una instrucción

---

<sup>49</sup> Perello, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. Jueces para la democracia, pág. 73.

penal, sólo deberá estimarse como necesaria cuando de su resultado dependa el *ius puniendi*, es decir, si su práctica lograse acreditar la participación de una persona en un hecho constitutivo de delito objeto de una investigación. Sin embargo, la finalidad de la medida no era ésta, sino que tenía de base un hecho indiciario por lo que no era necesaria, y por lo tanto tampoco era proporcional.

*“Y afirma el Tribunal ‘un acto instructorio qua limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el proceso penal’.”*<sup>50</sup>

#### **4. Criterio para la aplicación del principio.**

Como se señaló anteriormente, el objeto de análisis de esta investigación es determinar la esencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, definiendo sus elementos e implementación. Eso incluye su origen, justificación, delimitación del concepto por la jurisprudencia y doctrina, y su aplicación concreta.

Es mediante este criterio que se concluirá si el Tribunal Constitucional de Chile en la causa Rol N° 3729-2017 empleó un razonamiento acorde con la forma en la que se ha aplicado el principio de proporcionalidad en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal Constitucional de España.

En primer lugar y como ya ha quedado asentado, el principio de proporcionalidad es un arma que ha construido el Estado de Derecho moderno para limitar los actos provenientes de todos los poderes del Estado y así proteger los derechos fundamentales. Es un mecanismo importantísimo del Estado de Derecho y como tal, no podemos perder de vista su función.

---

<sup>50</sup> Perello, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. Jueces para la democracia, pág. 74.

Asimismo, la aplicación del principio de proporcionalidad ha generado discusión<sup>51</sup>. Por un lado, algunos autores como Beatty<sup>52</sup> lo han adoptado sin reparos argumentando que es un principio racional, neutral y que adopta un “criterio universal de la constitucionalidad”<sup>53</sup>. Otro partidario del principio de proporcionalidad es Robert Alexy, quien como ya mencionamos, lo esgrime como un criterio racional de análisis de la relación entre derechos fundamentales y sus limitaciones.

Sin embargo, también existen autores que han criticado este principio, como Webber<sup>54</sup>, quien plantea que el principio de proporcionalidad sigue la base de una concepción individualista de los derechos fundamentales, sumada al desprecio hacia las leyes democráticas que persiguen la protección de intereses sociales. Además se ha señalado como objeción que el principio de proporcionalidad permite al Tribunal Constitucional, un órgano que no es democráticamente electo, inmiscuirse en las competencias del poder legislativo y ejecutivo<sup>55</sup>.

En este sentido se plantea cuál sería la justificación para que en otros países se utilice este principio por sus respectivos Tribunales Constitucionales.

En primer lugar, se ha señalado que el principio de proporcionalidad es fundamental para evaluar si las limitaciones a los derechos fundamentales son adecuadas y equitativas desde una perspectiva constitucional.

---

<sup>51</sup> Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa, pág. 236.

<sup>52</sup> Beatty, D. (2004). *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Press, pág. 171.

<sup>53</sup> Beatty, D. (2004). *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Press, pág. 162.

<sup>54</sup> Webber, G. (2010). Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. *Can. J. L. Juris.*, 23, págs. 180, 190 y 191.

<sup>55</sup> Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa, pág. 238.

*“Una razón fuerte que puede justificar la migración del principio de proporcionalidad se puede inferir de la idea que este principio es conceptualmente necesario para el control de la constitucionalidad de las limitaciones a los derechos fundamentales.”<sup>56</sup>*

También se ha planteado que el principio de proporcionalidad se ha expandido a otros ordenamientos jurídicos por una necesidad normativa, es decir, para resolver varias expresiones relacionadas con el concepto de la libertad humana.

*“Se trata del empleo de la proporcionalidad con el objeto de resolver varias expresiones de la paradoja de la libertad. Esta paradoja filosófico-política tiene lugar en el derecho administrativo, en el derecho constitucional, en el derecho europeo de derechos humanos y en el derecho europeo comunitario. En todas estas áreas, las autoridades están facultadas para limitar los derechos y, al mismo tiempo, proteger estos derechos de limitaciones. Los jueces utilizan el principio de proporcionalidad para garantizar que las limitaciones sean legítimas, idóneas, necesarias y moderadas.”<sup>57</sup>*

En este sentido, la aplicación del principio de proporcionalidad cuenta con variados matices según el caso de que se trate. Así, para determinados bienes jurídicos procederá la ponderación entre un bien jurídico y otro, mientras que otros derechos se considerarán como bienes jurídicos absolutos.

Sin embargo, hay algunos elementos esenciales a la hora de emplear este principio que permiten construir un criterio uniforme de aplicación.

- **Medidas tomadas por autoridades estatales que limitan derechos fundamentales.**

---

<sup>56</sup> Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa, pág. 260.

<sup>57</sup> Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa, pág. 269.

Estos son los actos provenientes del poder ejecutivo, legislativo y judicial. Contra ellos procederá el control de constitucionalidad conforme al test de proporcionalidad.

- **Derechos fundamentales afectados.**

Serán aquellos bienes jurídicos afectados por una medida estatal. ¿Procede contra cualquier acto de los poderes del estado? No, debe afectar un derecho fundamental constitucionalmente protegido. En otras palabras, un derecho fundamental debe verse amenazado o perturbado por la medida de la autoridad estatal enjuiciada.

Cabe señalar que no todos los derechos son susceptibles de ser analizados bajo los mismos cánones del principio de proporcionalidad. Algunos serán susceptibles de ponderación (en donde un derecho prevalecerá en virtud de otro), mientras que otros serán considerados bienes absolutos, según la jurisprudencia o tradición jurídica del país que se analice. Como ya vimos, en Alemania la dignidad humana se considera un bien absoluto no apto para ser ponderado, en cambio, el derecho a la vida sí lo es.

- **Análisis objetivo del principio: subprincipios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.**

El control de constitucionalidad mediante el principio de proporcionalidad contiene el análisis de los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Un correcto razonamiento acorde a este principio abarca una fundamentación detallada de cada uno de ellos, conforme a lo ya señalado.

## **II. Capítulo II: Síntesis de la sentencia Rol N° 3729-2017.**

En este capítulo se analizará la regulación histórica del aborto en Chile, el requerimiento de inconstitucionalidad presentado ante el Tribunal Constitucional respecto del proyecto de ley que buscaba la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, y el razonamiento utilizado por el Tribunal Constitucional para resolver este requerimiento plasmado en la sentencia Rol N°3729-2017, en relación con el principio de proporcionalidad.

## **1. Regulación histórica del aborto en Chile.**

### **▪ Regulación del aborto en el Código Penal de 1874.**

En primer lugar, el Código Penal de Chile de 1874, aún vigente, tipificó el delito de aborto en los artículos 342 y siguientes, en el título VII del Libro II, *Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*.

El artículo 342 estableció así el delito de aborto:

*“Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:*

*1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada”.*

*2° “Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.*

*3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.”*

Asimismo, el artículo 344 dispuso originalmente lo siguiente:

*“Art. 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio”.*

Según Bascuñán<sup>58</sup>, la expresión “*maliciosamente*” en la redacción del artículo 342 abría la puerta para que el aborto fuera lícito en ciertos casos. Esto pues el tipo exigía dolo directo, aludiendo a la intencionalidad del autor<sup>59</sup>. Según consta en la historia del Código Penal, la Comisión Redactora tuvo en cuenta la existencia de algunos casos exceptuados de la prohibición de causar un aborto consentido, haciendo referencia a la eventual “buena fe” de un tercero. Es decir, el artículo 342 no establecía una prohibición absoluta; la práctica del aborto en determinados casos podía ser una acción lícita. Respecto a esta idea estuvieron contestes la doctrina penal y médico legal de la época. En este sentido, Federico Puga Borne<sup>60</sup> señaló como algo no controvertido que el aborto provocado es lícito cuando consiste en una operación practicada en caso de que la vida de la madre corra un serio peligro, exigiendo como requisito procedimental la consulta médica<sup>61</sup>.

- **Regulación del aborto en el Código Sanitario de 1931.**

En 1931 se dictó el Decreto con Fuerza de Ley 226, que creó el Código Sanitario. El artículo 226 de este cuerpo normativo dispuso lo siguiente:

*“Art. 226. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.*

*Para proceder a estas intervenciones se requiere la opinión documentada de tres facultativos.*

*Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso o por falta de facultativos en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente.”*

---

<sup>58</sup> Bascuñán, A. (2004). La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno. Revista Derecho y Humanidades, 10, pág. 145.

<sup>59</sup> Lampert-Grassi, M. P. (2015). Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 6.

<sup>60</sup> Puga Borne, F. (1896). Medicina legal. Imprenta Cervantes. Santiago, pág. 140.

<sup>61</sup> Bascuñán, A. (2004). La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno, pág. 145.

Este artículo no se opuso al Código Penal en cuanto, según Bascuñán<sup>62</sup>, si la frase “fines terapéuticos” comprendía evitar un peligro para la mujer embarazada, sería una norma complementaria a la exclusión del artículo 342 del Código Penal, ya señalada. Es decir, cumpliendo con los requisitos, el aborto terapéutico del artículo 226 no estaría penalizado.

- **Reforma al Código Sanitario de 1968.**

En 1968 se dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, mediante el cual entró en vigencia un nuevo Código Sanitario, que sustituyó el artículo 226 por el artículo 119.

*“Art. 119. Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.”*

Bascuñán<sup>63</sup> plantea que el artículo 119 del Código Sanitario siguió desempeñando un importante rol en la justificación del aborto en el contexto de la práctica médica, que le dio un significado más bien extensivo a la frase “fines terapéuticos”.

Asimismo, se redujeron los requisitos para el aborto terapéutico, dejando en manos de dos médico-cirujanos la decisión de practicarlo en vez de tres.

- **Ley 18.226 de 1989.**

En 1989, el Gobierno Militar dictó la Ley 18.226 que modificó el artículo 119 del Código Sanitario. Según Bascuñán<sup>64</sup>: *“En su informe, la comisión conjunta aceptó la tesis de la obsolescencia de las antiguas indicaciones médicas para la práctica*

---

<sup>62</sup> Bascuñán, A. (2004). La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno, pág. 148.

<sup>63</sup> Bascuñán, A. (2004). La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno, pág. 149.

<sup>64</sup> Bascuñán, A. (2004). La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno, pág. 155.

*del aborto terapéutico y consideró en consecuencia al Art. 119 del Código Sanitario como 'un resquicio' para realizar abortos médicamente injustificables."*

Es decir, la Ley 18.226 consideró el Artículo 119 del Código Sanitario como una vía que podría permitir abortos sin justificación médica adecuada.

Para la redacción de este proyecto de ley se tuvo en cuenta, entre otras razones, el artículo 19 N°1 inciso 2 de la Constitución Política de 1980 en cuanto dispone que:

*"La ley protege la vida del que está por nacer".*

Como consta en la historia de la Ley N° 18.826 y según el Informe técnico que fundamenta la moción, se adujo como argumento para derogar el antiguo artículo 119, su inconstitucionalidad:

*"Dicha disposición (art. 119 del Código Sanitario) es inconstitucional, y debe ser reemplazada toda vez que no protege, en absoluto, la vida del que está por nacer y, en definitiva, autorizaría su muerte."*<sup>65</sup>

Fue así como el nuevo artículo 119 dispuso lo siguiente:

*"No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".*

Bascuñán señala que, con la reforma al Código Sanitario: *"La Constitución chilena no haría diferencia alguna entre la protección debida a la vida de los seres humanos nacidos y a la vida de los seres humanos por nacer, y esa protección debida se expresaría en un principio categórico: la prohibición absoluta de dar muerte a un inocente, o, formulado en términos axiológicos, el carácter de valor absoluto de la*

---

<sup>65</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 18.826. Sustituye artículo 119 del Código Sanitario. Recuperado de <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37418/1/HL18826.pdf>

*vida humana. El Art. 119 del Código Sanitario no habría hecho sino expresar los imperativos del orden constitucional en el nivel del orden legal.”<sup>66</sup>*

En otras palabras, la Ley 18.226 fue una expresión del mandato constitucional equiparando la legislación vigente a lo dispuesto por la Carta Fundamental y sus principios esenciales.

Fue así como se penalizó de manera absoluta el aborto en Chile.

- **Mensaje N°1230-362 de 2015.**

El 31 de enero de 2015, la entonces Presidenta de la República de Chile, Michelle Bachelet Jeria, envió el Mensaje N° 1230-362 con el que se inició el Proyecto de Ley que tenía por fin regular la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

Estas causales eran 1. Peligro de la vida de la mujer embarazada. 2. Embrión o feto que padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina. 3. Embarazo producto de una violación.

El Mensaje 1230-362<sup>67</sup> se basó principalmente en la protección de la dignidad de las mujeres en concordancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, el Mensaje manifestó hacerse cargo de ciertas experiencias críticas en la vida de las mujeres, como lo es un embarazo riesgoso para la vida de la mujer, o una afectación congénita del embrión o feto que lo haga incompatible con la vida extrauterina, o un embarazo producto de una violación.

---

<sup>66</sup> Bascuñán, A. (2004). La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno, pág. 157.

<sup>67</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 21.030. Mensaje 1230-362, página 3. Recuperado de <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6701/>

El Mensaje tomó como base *“que la vida de toda persona, considerada en su máxima y más amplia dimensión, comprende no sólo su condición biológica, sino también los aspectos sociales y culturales que la constituyen. Por esta razón, nuestra Constitución Política se ocupa de consagrar el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y psíquica de las personas, e impone a la ley el deber de proteger la vida del que está por nacer. Junto con ello, el Estado debe equilibrar esos mandatos con aquellas situaciones que pueden afectar la vida, la salud, los derechos y, en definitiva, la dignidad de las mujeres en ciertas situaciones que conllevan la obligación de regular la interrupción del embarazo.”*<sup>68</sup>

En síntesis, se hizo cargo de una discusión pendiente sobre los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, poniendo énfasis en la idea de que el Estado no puede imponer la decisión de continuar con su embarazo a las mujeres mediante la criminalización de la conducta en todo caso. El Proyecto delimitó una esfera de causales de justificación, asegurando el derecho a decidir en dicha esfera, además de equilibrar el bien jurídico de la protección a la vida del que está por nacer con otros derechos de las mujeres.

- **Tramitación del proyecto en el Congreso.**

Luego del envío del Mensaje 1230-362, se inició la tramitación del Proyecto de Ley en todas sus etapas. Así, se aprobaron en ambas cámaras, entre otras, las siguientes disposiciones:

El artículo 1 del Proyecto de Ley dispuso sustituir el artículo 119 del Código Sanitario por el siguiente:

---

<sup>68</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 21.030. Mensaje 1230-362, página 3. Recuperado de <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6701/>

*“Artículo 119. Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando:*

*1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida.*

*2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal.*

*3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación (...).”*

Asimismo, el artículo 2 del Proyecto de Ley planteó modificar el art. 344 del Código Penal, de la siguiente forma:

*“Artículo 344. La mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.”*

De esta forma se permitió nuevamente el aborto bajo ciertos presupuestos determinados o *causales*, definidos por el Proyecto de Ley.

- **Requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.**

El 2 de agosto de 2017, once senadores presentaron ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inconstitucionalidad respecto al Proyecto de Ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales.

De igual forma, treinta y seis diputados presentaron su propio requerimiento de inconstitucionalidad respecto al mismo proyecto, el 8 de agosto de 2017.

Ambos requerimientos alegaron la inconstitucionalidad de los siguientes artículos del Proyecto de Ley: el artículo 1°, numeral 1°, que sustituye el artículo 119 del Código Sanitario, el artículo 1°, numeral 2°, que incorporaba un nuevo artículo 119 bis al Código Sanitario, el artículo 1°, numeral 3°, que introducía un nuevo artículo 119 ter al Código Sanitario, el artículo 1°, numeral 4°, que introducía un nuevo artículo 119 quáter al Código Sanitario, el artículo 2°, que reemplazaba el artículo 344 del Código Penal, el artículo 3°, que introducía modificaciones al artículo 13 bis, inciso primero, de la Ley N° 19.451 y el artículo transitorio del Proyecto de Ley.

Plantearon que estos artículos del Proyecto de Ley eran “*manifiestamente contrarios a la Constitución Política de la República de Chile*” en especial en sus artículos 1 incisos 3° y 4°, artículo 5 inciso 2°, artículo 6 inciso 2°, artículo 19, N° 1 incisos 1° y 2°, artículo 19 N° 2, artículo 19 N° 6 inciso 1°, artículo 19 N° 15 inciso 1° y artículo 19 N° 26.<sup>69</sup>

Los requirentes denunciaron varios conflictos del mencionado Proyecto con disposiciones constitucionales, sin embargo solamente se tratarán los que tienen relación con esta memoria.

El primer conflicto entre el Proyecto de Ley y las disposiciones constitucionales se presentó en relación al artículo 1°, numeral 1°, inciso primero del Proyecto de Ley. Este artículo proponía la incorporación de las tres causales de aborto en nuestra legislación. Este planteamiento generaba una contradicción según los requirentes con el artículo 19, número 1, inciso segundo de la Constitución, el cual establece que la ley protege la vida del que está por nacer. Los solicitantes argumentaban que esto sería inconstitucional, ya que el legislador estaría desprotegiendo la vida del

---

<sup>69</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 21.030. Requerimiento de inconstitucionalidad, 2 de agosto de 2017, pág. 1. Recuperado de <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/6701/>

que está por nacer al autorizar e incluso ordenar la realización de una acción que directamente busca y causa su muerte<sup>70</sup>.

Para ello argumentaron que la protección al que está por nacer no tendría un distinto rango al artículo 19 inciso primero de la Constitución, que establece el derecho a la vida de todas las *personas*. Esto en cuanto la Constitución no jerarquiza entre los derechos contenidos en ella, ni tampoco distingue entre los miembros de la especie humana y las personas<sup>71</sup>.

También señalaron que el Legislador carecía de competencia para jerarquizar entre los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. La despenalización, según ellos, legitimaría la posibilidad de que el Legislador primara en casos precisos el derecho de la madre por sobre la vida del que está por nacer, sacrificando un derecho en pro de otro, lo cual sería inconstitucional<sup>72</sup>.

El segundo conflicto constitucional alegado se relacionaba con la posibilidad de que el Proyecto de Ley generara discriminación arbitraria, lo que estaría en contradicción con el principio de igualdad ante la ley y, por ende, sería considerado inconstitucional. Esta argumentación se fundamentaba en la percepción de que el Proyecto de Ley carecía de una coherencia mínima para lograr de manera lógica los objetivos que afirmaba perseguir. Si su objetivo principal era proteger tanto la vida de la mujer como la del feto, los requirentes no veían de qué manera se reflejaba esto en la normativa propuesta, y argumentaban que podría dar lugar a una desigualdad de derechos en detrimento de uno de los intereses en juego<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 21.030. Requerimiento de inconstitucionalidad, 2 de agosto de 2017, pág. 13. Recuperado de <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/6701/>

<sup>71</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 23.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 26.

<sup>73</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 30.

Sostuvieron además que el Proyecto de Ley incorporaba disposiciones que podrían llevar a la muerte del que está por nacer, dando prioridad a los derechos de las mujeres por encima de los derechos del no nacido<sup>74</sup>.

En el siguiente apartado se analizará cómo decidió el Tribunal Constitucional, en virtud de los conflictos planteados.

## **2. Razonamiento del Tribunal Constitucional.**

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre el conflicto de la eventual inconstitucionalidad de la regulación contenida en el Proyecto de Ley sobre la despenalización de la interrupción del aborto en tres causales, esclareciendo en primer lugar que sólo se referiría respecto de la interpretación de la Constitución y la ley, descartando hacer alusión a temas de mérito o de fondo del Proyecto de Ley<sup>75</sup>.

En cuanto a la alegación de que la protección del que está por nacer no tendría un rango distinto al derecho a la vida asegurado a todas las personas por la Constitución en el inciso primero del artículo 19 N° 1, el Tribunal Constitucional afirmó que la Constitución no le otorga el carácter de persona al que está por nacer, lo que sí sucede, por ejemplo, con la mujer. Realizó para ello un extenso análisis de las definiciones de persona en nuestro ordenamiento jurídico, para concluir que se relacionaban con el hito del nacimiento. Esto, como bien lo dice la sentencia, no le quita protección al que está por nacer:

*“Que la Constitución se refiere al que está por nacer en el artículo 19 N ° 1 inciso segundo. Ahí encarga a la ley proteger la vida del que está por nacer. El hecho que se lo entregue al legislador en nada desmerece la protección. La ley es la principal fuente de derecho.*

---

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 50.

*Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución no le otorga al que está por nacer la categoría de persona. Ello no obsta a que sea un bien jurídico de la mayor relevancia.”<sup>76</sup>*

El Tribunal Constitucional señaló que el Proyecto de Ley ponderaba entre derechos fundamentales establecidos en la Constitución como el derecho a la vida, integridad física y psíquica de la mujer, y un interés protegido legalmente, que es el del que está por nacer. Menciona que el legislador optó por maximizar la protección de los derechos fundamentales de las mujeres<sup>77</sup>.

Además, el Tribunal Constitucional reconoce de manera explícita que el derecho a la vida no posee un carácter absoluto. Esto se debe a que *"los derechos fundamentales admiten restricciones al requerir su compatibilidad con la adecuada protección de la humanidad y su dignidad. Un ejemplo de esto sería la legítima defensa, la pena de muerte y la interrupción del embarazo.”<sup>78</sup>*

Este enfoque guarda similitudes con el argumento presentado por el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia que se pronunció sobre la interrupción del embarazo (28 de mayo de 1993).

Siguió su razonamiento indicando que si bien el que está por nacer tiene un interés legalmente protegido, esta protección no puede significar una “sobrepotección”<sup>79</sup>, con medidas que vayan más allá de lo razonable o se sobrepongan a derechos de otros. Es decir, este mandato no es considerado por el Tribunal un pretexto para descuidar o perjudicar a la madre.

---

<sup>76</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 79.

<sup>77</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág.80.

<sup>78</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 86.

<sup>79</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 85.

Agregó que los derechos fundamentales no se conciben o consagran, ni pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado, ya que siempre encontrarán un límite natural consistente en los derechos de otros y en las limitaciones establecidas en la Constitución o las leyes siempre y cuando no afecten el contenido esencial de ese derecho, como lo indica el artículo 19 N° 26 de la Constitución<sup>80</sup>. En este sentido, señaló explícitamente que el derecho a la vida no es un derecho absoluto.

Finalmente, concluyó que la Constitución no le otorga un nivel superior a la protección del que está por nacer con respecto de los derechos de la mujer, ejemplificando con varios artículos en donde el constituyente primó un derecho por sobre otro, lo que no sucedió en este caso<sup>81</sup>.

Es por esto que se rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad en cuanto al artículo 1 N° 1 inciso primero del Proyecto de Ley, declarando su constitucionalidad.

### **3. Aplicación del principio de proporcionalidad.**

En su argumentación, el Tribunal Constitucional también emplea el principio de proporcionalidad, adoptando un enfoque diferente al que se ha utilizado en Alemania y España.

En primer lugar, resulta notable que lo que se sometió al test de proporcionalidad no fue el Proyecto de Ley, sino el alegato de los requirentes respecto de su constitucionalidad.

*“Que, por otra parte, es necesario someter el alegato de los requirentes al test de proporcionalidad. Ellos sostienen que la mejor manera de proteger al que está por nacer es mediante medidas penales.”<sup>82</sup>*

---

<sup>80</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 75.

<sup>81</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 85.

<sup>82</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 120.

Como ya se mencionó y se seguirá profundizando, esto representa una gran diferencia con cómo se ha aplicado este principio en Derecho Comparado.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional mencionó por primera vez en la sentencia Rol N° 3729-17 al principio de proporcionalidad cuando se refirió a los distintos fallos que los Tribunales Internacionales han realizado respecto del aborto, como por ejemplo la del Tribunal Constitucional Federal:

*“Otro estándar utilizado por los Tribunales, es la inexigibilidad. No se le puede exigir a la mujer más allá de lo razonable. Este criterio fue utilizado por el Tribunal Alemán, en su sentencia del año 1975, sobre el aborto. Los intereses personalísimos de la mujer embarazada pueden tener tanto peso o relevancia, que hagan inexigible la prohibición de causar aborto. (...) El Tribunal alemán, en 1975, también estableció el estándar de la coacción extrema de la vía penal; esta debe ser ultima ratio (...) Por otro lado, se ha utilizado el criterio de proporcionalidad. El Tribunal Alemán sostuvo, en 1975 que en algunos casos extremos, puede estar prohibido imponer la carga a la mujer de mantener el embarazo.”<sup>83</sup>*

En las siguientes páginas de la sentencia, el Tribunal señaló en cierta medida al principio de proporcionalidad, cuando indicó que, si bien el costo de interrumpir el embarazo es alto, no es comparable ni proporcional con el sacrificio de mantenerlo para una persona plena, como lo es una mujer o madre<sup>84</sup>. De esta forma, el Tribunal desarrolló la idea de ponderar entre un interés constitucionalmente protegido y otro.

Luego de realizar esta aclaración, el Tribunal Constitucional procedió a analizar el alegato de los requirentes, que está construido sobre la base de que la mejor medida para proteger al que está por nacer es mediante el derecho penal. Es esto lo que se analiza en la sentencia Rol N° 3729-17 conforme a los tres subprincipios

---

<sup>83</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 59.

<sup>84</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 80.

que componen el principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a la idoneidad, el Tribunal se preguntó si la penalización era la medida más eficaz para proteger al no nacido. Para ello, acompañó estadísticas que daban cuenta del bajo número de formalizaciones y condenas por el delito de aborto, en comparación a los egresos hospitalarios por aborto. Según el Tribunal, esto demostró que la “protección penal” no sería el mecanismo idóneo para proteger al no nacido.

Sobre el principio de necesidad, el Tribunal señaló que el derecho penal debe ser siempre de última ratio, por lo que, por definición, deben existir medidas menos lesivas para proteger la vida del que está por nacer. Mencionó además que: *“la sanción penal absoluta del aborto, sin causales de excepción, choca con los derechos de la mujer. No se da, en consecuencia, el segundo elemento del test”*<sup>85</sup>

Ahora bien, y en cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal concluyó que “tampoco procede”. La aplicación de este subprincipio se da de la siguiente forma:

*“Desde luego, se contrasta los derechos de la mujer con un bien jurídico protegido. Enseguida, el embarazo provoca un compromiso vital de la mujer, que afecta toda su vida. La intensidad de la unión entre ella y el embrión o feto, se establece un vínculo único, diferente a lo que se conoce. Sin embargo, la presencia de las tres causales que el proyecto contempla, obligan a ponderar las cargas excesivas que estas significan para la mujer. El derecho no puede obligar a las personas a actuar contra sí mismas, y obligarlas a soportar el riesgo vital, la muerte de su hijo por una patología letal o la maternidad como consecuencia de la violación.”*<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 120.

<sup>86</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 121.

Una vez desarrollado el razonamiento del Tribunal Constitucional, se está en condiciones de analizar cómo se aplicó el principio de proporcionalidad, de acuerdo con los estándares establecidos por el Derecho Comparado.

### **III. Capítulo III. Análisis crítico de la sentencia Rol N° 3729-2017 en relación con el principio de proporcionalidad utilizado en Derecho Comparado.**

Como ya se adelantó latamente en el primer capítulo, el principio de proporcionalidad se ha utilizado en Derecho Comparado para determinar la legitimidad de una medida estatal emitida por el poder legislativo, ejecutivo o judicial, que afecta derechos fundamentales.

*“El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el Legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes.”<sup>87</sup>*

*De esta forma, “toda norma iusfundamental, expresada de manera imperativa, puede ser formulada de modo hipotético y puede considerarse como una norma dirigida también al Legislador. La norma iusfundamental impone al Legislador la prohibición de contradecir lo prescrito por ella y prevé la declaración de inconstitucionalidad, como sanción para toda ley que transgreda esta prohibición.”<sup>88</sup>*

De esto dan cuenta las sentencias ya descritas en el Capítulo I, emanadas del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal Constitucional de España. Por ejemplo, en el caso de la sentencia de 9 de marzo de 1994 (Cannabis)<sup>89</sup> el Tribunal Constitucional Federal sometió a revisión las nuevas disposiciones penales

---

<sup>87</sup> Bernal Pulido, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, pág. 81.

<sup>88</sup> Bernal Pulido, C. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, pág. 97.

<sup>89</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 107).

de la Ley sobre Estupefacientes (medidas estatales del poder legislativo). Asimismo, la sentencia de 28 de mayo de 1993 (Interrupción del embarazo)<sup>90</sup>, analizó a la luz del principio de proporcionalidad una medida estatal consistente en una ley que despenalizaba la interrupción del embarazo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional chileno no examinó la constitucionalidad del Proyecto de Ley, sino que analizó la constitucionalidad de la ley antigua. Esto lo podemos concluir leyendo la sentencia Rol N° 3729-17, que como ya se señaló, inicia sometiendo el alegato de los requirentes al test de proporcionalidad.<sup>91</sup>

Al contrario del proyecto de ley de despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales, el alegato de los requirentes no es una medida que emana de un poder del Estado y que afecta derechos fundamentales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional analizó el requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley bajo los parámetros del principio de proporcionalidad. En otras palabras, evaluó la proporcionalidad de la ley anterior al Proyecto de Ley, consistente en la penalización del aborto y los derechos fundamentales afectados por esta regulación anterior, lo cual no coincide con cómo se ha utilizado el principio en Alemania o España.

De esta forma, se afirma que la penalización del aborto no sería la medida más idónea para proteger al no nacido, basándose en estadísticas hospitalarias y penales que demuestran que, pese a existir un alto número de abortos, pocas causas son formalizadas y terminadas con una condena penal efectiva<sup>92</sup>.

La “protección penal”<sup>93</sup> (en palabras del Tribunal) tampoco sería necesaria al ser el derecho penal de última ratio. Además, la penalización del aborto sin causales de justificación chocaría con los derechos de la mujer, sin embargo, no menciona

---

<sup>90</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 128).

<sup>91</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 120.

<sup>92</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 120.

<sup>93</sup> Ibid.

cuáles serían estos derechos. Queda de manifiesto que lo que está sometiendo el Tribunal Constitucional al principio de proporcionalidad no es el proyecto de despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales, sino la regulación anterior establecida por la Ley 18.226 de 1989.

En cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal Constitucional realizó un cambio en su estructura de análisis. Esta vez, examinó el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, señalando que es un proyecto que pondera el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer y la carga que conlleva un embarazo cuando se desarrolla alguna de las causales descritas, con el derecho a la vida del que está por nacer. Cierra concluyendo que el Derecho no puede *obligar* a las personas a actuar contra sí mismas<sup>94</sup>.

La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto difiere notablemente de su uso en el Derecho Comparado. No obstante, es relevante destacar que el Tribunal Constitucional chileno llevó a cabo un análisis muy parecido al del Tribunal Constitucional Federal a lo largo de toda la sentencia, excepto en la sección que se ocupa de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Una segunda cuestión recae en el escueto desarrollo que realiza el Tribunal Constitucional chileno al acudir al principio de proporcionalidad. También se diferencia de la jurisprudencia en Derecho Comparado en este sentido, como es el caso de la sentencia de 11 de junio de 1958 (Caso Farmacias)<sup>95</sup> o la sentencia de 9 de marzo de 1994 (Cannabis)<sup>96</sup>, pues al contrario de las sentencias mencionadas, el Tribunal Constitucional chileno dedica apenas una plana y media a hacerse cargo

---

<sup>94</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 121.

<sup>95</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 321).

<sup>96</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 107).

del test, por lo que es fácil inferir que no es un tema principal en el desarrollo de la sentencia, o al menos no es utilizado como razonamiento principal.

Sin embargo, podemos destacar que la sentencia Rol N° 3729-2017 presenta similitudes de fondo con la sentencia de 28 de mayo de 1993 emitida por el Tribunal Constitucional Federal sobre interrupción voluntaria del embarazo<sup>97</sup>.

El Tribunal alemán declaró lo siguiente acerca del rol del Legislador: *“Determinar individualmente el tipo y extensión de la protección es función del legislador. La Constitución señala la protección como objetivo, pero no indica de qué manera ha de estructurarse ésta en lo individual”*<sup>98</sup>

El Tribunal chileno, por su parte, sostuvo que: *“En conclusión, la disposición constitucional del inciso segundo del numeral 1 del artículo 19 -la ley protege la vida del que está por nacer- envuelve una diferencia con la protección del derecho a la vida que la precede, en el inciso primero, puesto que al entregar su resguardo al legislador, tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito. El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección.”*<sup>99</sup>

Las similitudes no se acaban aquí. El Tribunal Constitucional Federal también concluyó que el derecho a la vida del que está por nacer es un bien jurídico de gran importancia, pero que hay otros derechos o bienes jurídicos que son superiores al colisionar con él, además de centrar el debate en la evaluación de las medidas penales y su idoneidad para conseguir el fin de proteger al no nacido, similar a lo

---

<sup>97</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 128).

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 74.

que hace nuestro Tribunal Constitucional, que establece explícitamente que el derecho a la vida del que está por nacer no es un derecho absoluto<sup>100</sup>.

El Tribunal Constitucional Federal determinó que el embarazo, al ser un estado personalísimo de la mujer, y que conlleva responsabilidades, deberes de actuación y cuidado más allá del parto y durante varios años, hace que la carga de parir a todo evento sea inexigible.

*“La inexigibilidad sin embargo no puede proceder de circunstancias que se encuentran dentro del marco de la situación normal de un embarazo. Más bien deben presentarse cargas que exijan un sacrificio de valores vitales en tal magnitud, que no se le pueda exigir a la mujer.”*<sup>101</sup>

El Tribunal Constitucional chileno se refirió de una forma parecida al deber del Estado de no imponer cargas a la mujer, valorando el bien jurídico de su dignidad por sobre el derecho a la vida del que está por nacer<sup>102</sup>:

*“El legislador, precisamente y por ese deber primario, no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige. La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio.”*

Por último, el Tribunal Constitucional chileno hace referencia expresa al criterio utilizado por el Tribunal Constitucional Federal respecto a si hay o no una obligación de establecer una prohibición penal:

---

<sup>100</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 85.

<sup>101</sup> Konrad Adenauer Stiftung. (s.f.). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe (pág. 130).

<sup>102</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 85.

*“Otro estándar es si había una obligación al legislador a establecer una prohibición penal. El Tribunal alemán, en la sentencia de 1993, estableció que el legislador puede no criminalizar aquel aborto que no está constitucionalmente justificado.”<sup>103</sup>*

Estas similitudes permiten establecer que el Tribunal Constitucional chileno tuvo como norte seguir el razonamiento de su par alemán. Sin embargo, queda de manifiesto que la forma en la que se aplicó el principio de proporcionalidad distó mucho de su aplicación europea, partiendo por el objeto de análisis: en el caso de Alemania, se somete una nueva ley de despenalización del embarazo al principio de proporcionalidad. En el caso chileno, lo que se somete al principio de proporcionalidad, contrario al razonamiento que realiza durante el resto de la sentencia, es la ley anterior.

- **Conclusión.**

A lo largo de esta memoria se ha expuesto respecto del principio de proporcionalidad, su origen, su delimitación conceptual, y la evolución que ha tenido su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y España, en conjunto con su desarrollo doctrinario.

Este primer capítulo se ha complementado con una exposición del contexto normativo existente y la evolución histórica que ha tenido la figura del aborto en Chile, para luego realizar una síntesis del conflicto planteado ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelto por la sentencia Rol N° 3729-2017 que se toma como un precedente y un hito histórico en la protección de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres.

El último capítulo se dedica a analizar si el Tribunal Constitucional chileno ocupó el principio de proporcionalidad de forma concordante con cómo se ha aplicado en

---

<sup>103</sup> Tribunal Constitucional. (2017). Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, pág. 59.

Derecho Comparado en esta y en otras materias, señalando sus similitudes y diferencias.

En última instancia, cabe señalar que el análisis del Tribunal Constitucional chileno sobre la despenalización de la interrupción del embarazo en tres causales destaca la importancia de considerar el contexto legal y cultural específico de cada país al aplicar un principio. Aunque el principio de proporcionalidad y la doctrina alemana es común en el Derecho Comparado, su aplicación puede variar significativamente en función de las circunstancias y desafíos legales y sociales propios de cada país.

Este caso evidencia que, incluso cuando existen similitudes en los razonamientos y fundamentos legales, la manera en que un principio jurídico es aplicado puede adaptarse a las particularidades y necesidades de cada ordenamiento jurídico. La protección de los derechos reproductivos de la mujer, el derecho a la vida del que está por nacer y la carga de un embarazo son temas sensibles y complejos que exigen una reflexión profunda y un análisis minucioso. Si bien el Tribunal Constitucional chileno incorpora elementos de Derecho Comparado tales como el principio de proporcionalidad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, también se mantiene coherente con su propio contexto nacional, al tener en cuenta que a partir de esta sentencia, se despenalizaría el aborto en Chile y se regularía la interrupción del embarazo en tres causales, representando un hito muy importante en la protección de un bien jurídico que hasta el momento no había sido tomado en cuenta: los derechos reproductivos y sexuales de la mujer.

- **Bibliografía.**

Alexy, Robert. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-29.

Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arnold, Rainer, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Estudios Constitucionales*, 65-116.

Barnés, Javier. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, (5), 23 y ss.

Bascuñán, Antonio. (2004). La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno. *Revista Derecho y Humanidades* N° 10, 143-181.

Beatty, David. (2004). *The Ultimate Rule of Law*. Oxford University Press.

Bernal Pulido, Carlos. (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal Pulido, Carlos. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. *Estado Constitucional*. Tomo IV, 235-276.

Caminos, Pedro A. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 51-74.

Covarrubias, Ignacio. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? *Estudios Constitucionales*, 163-237.

Konrad Adenauer Stiftung. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Recuperado de [https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038) (consultado el 12-09-2023).

Kraft, Ingo. (2007). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis. *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBI)*, 577 y ss.

Lopera Mesa, Gloria Patricia. (2005). El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo. *Revista española de derecho constitucional*, 25(73), 381-410.

Perello, Isabel. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la democracia*, 69-74.

Sapag, Mariano. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: Un estudio comparado. *Diakon*, 17, 157-198.

Vidal Fueyo, Camino. (2005). El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 427-447.

Webber, Grégoire. (2010). Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. *Can. J. L. Juris.*, 23, 180-191.

- **Jurisprudencia citada**

Tribunal Constitucional de Chile. (2017). Sentencia Rol N° 3729-17, de 28 de agosto de 2017, Requerimiento de Diputados y Senadores acerca del proyecto de ley de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Recuperado de <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=36761&formato=pdf>

- **Otros.**

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley 18.826. Sustituye artículo 119 del Código Sanitario.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley 21.030. Mensaje 1230-362.

Lampert-Grassi, M. P. (2015). Informe "Aborto en Chile. Evolución histórica del marco normativo." Elaborado para la Comisión Permanente de Salud de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del proyecto de ley, iniciado en Mensaje 1230-362, que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Boletín N° 9895-11, en primer trámite constitucional. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Senadores. (2017, 2 de agosto). Requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, presentado ante el Tribunal Constitucional.

Diputados. (2017, 8 de agosto). Requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, presentado ante el Tribunal Constitucional.