

Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



**Teoría y práctica del Derecho Comparado por parte del Tribunal
Constitucional Chileno año 2011: Análisis Crítico. El Matrimonio
(Des)igualitario en Chile**

RODRIGO ZAPATA PEÑA.

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Dirigida por doña Amaya Álvez Marin.

2013

Introducción

El Derecho Comparado, como técnica de persuasión jurisprudencial, tiene como principales objetivos valerse de legislación extranjera, doctrina internacional y jurisprudencia foránea. Lo que se presentará a continuación, guarda directa relación con la utilización –o mala utilización- del Derecho Comparado por parte del Tribunal Constitucional de Chile, específicamente, durante el año 2011.

Por ello, se propondrá un marco teórico para analizar la eficacia material del Derecho Comparado, y cómo la inclusión de ése marco teórico, puede salvar el notable desconocimiento que tuvieron y tienen los Ministros del Tribunal Constitucional de cómo y en qué circunstancias emplear adecuadamente Derecho foráneo en sus razonamientos, ya sea en un voto de mayoría, ya sea en uno de prevención o disidente.

Por otra parte, a partir de la revisión del total de sentencias definitivas pronunciadas el año 2011 por el Tribunal Constitucional, se examinará mediante el cotejo de gráficos en primer lugar, la cantidad de sentencias definitivas emitidas ese año, los meses del año en que fueron pronunciadas, los artículos de la Constitución controlados y el origen de los intervinientes. En segundo lugar, avocándonos derechamente al estudio del Derecho Comparado, se analizarán gráficos relativos a sentencias con y sin Derecho foráneo, el uso de categorías de Derecho Comparado, el contexto en las referencias de Derecho Comparado, el origen geográfico del Derecho foráneo –sea de Países o Continentes-, la temporalidad del mismo, su uso en la Ratio Decidendi u Obiter Dicta o en un voto de prevención o disidente, el uso de idiomas en las citas de Derecho Comparado y el nexo existente entre el Ministro redactor y la referencia de Derecho Comparado.

Finalmente, se ilustrará en profundidad un caso en contexto –acerca del Matrimonio Igualitario- del total de las sentencias definitivas pronunciadas el año objeto de estudio, para a partir de él y lo mencionado con anterioridad, arribar a conclusiones concretas de cada Capítulo en particular y, generales de la presente investigación.

Capítulo I

Marco Teórico para un Análisis empírico del uso del Derecho Comparado por parte del Tribunal Constitucional de Chile¹

La reinserción de Chile en la comunidad internacional ha sido uno de los objetivos prioritarios del período de transición a la democracia que se iniciara en 1990. La primera vía ha sido la incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes como fuentes directas del Orden Constitucional Chileno, aún cuando su especificidad y jerarquía sigue siendo debatida por la doctrina nacional.²

Una segunda vía para reinsertar a Chile en la comunidad internacional, ha sido la utilización de Derecho Comparado, entendido como ejemplos foráneos que ayudan a abordar la problemática jurídica local. Éste ámbito ha sido muy poco tratado por la doctrina o simplemente abordado como parte del Derecho Internacional sin mayores distinciones. Este trabajo de investigación propone el estudio de un marco teórico para la aplicación del Derecho Comparado en Chile.³

Se intenta evaluar esta reinserción en la comunidad internacional, desde la perspectiva de los jueces constitucionales. Ello ya que en opinión de autores como Duncan Kennedy, el pensamiento jurídico occidental retrata como figura jurídica central, al juez, como núcleo legal, los catálogos de Derechos Humanos, y como ideal jurídico, la existencia

¹ Capítulo redactado en conjunto con la Dra. Amaya Alvez Marin, Investigadora Responsable del Proyecto Fondecyt No 11121371, como parte del marco teórico aplicable al proyecto “Teoría y práctica del Derecho Comparado por parte del Tribunal Constitucional Chileno 2006 – 2012: Análisis Crítico”, en su conjunto.

² CEA EGAÑA, José Luis, (2002), “Derecho Constitucional Chileno”. Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, Tomo I; VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición. MEDINA, Cecilia, (1993), “La jerarquía en Chile de los Tratados de Derechos Humanos”, página 45. Artículo publicado en el libro “Constitución, Tratados y Derechos Esenciales”, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago.

³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2011), “El uso del Derecho Extranjero y del Derecho Internacional por parte del Tribunal Constitucional Chileno durante el periodo 2006-2007”, Revista de Derecho PUCV XXXVII Valparaíso, Chile, pp. 275-326.