

# INAPLICABILIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS HORIZONTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: JUZGANDO UN NUEVO GIRO JURISPRUDENCIAL.

STC 2 DE AGOSTO DE 2022, ROL N°12.750-INA

JOSÉ MANUEL DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ<sup>1</sup>.  
ANDRÉS VODANOVIC ESCUDERO

**RESUMEN.** Este trabajo versa sobre el fallo del Tribunal Constitucional, Rol N°12.750-INA, de 2 de agosto de 2022, el que materializa un nuevo giro jurisprudencial respecto de la inaplicabilidad del artículo 4º, inciso primero, de la Ley N°19.886. Este artículo se concentra principalmente en analizar la constitucionalidad de la implementación de políticas horizontales mediante la contratación pública (“contratación horizontal” o “contratación estratégica”), principal argumento ofrecido por la sentencia para rechazar el requerimiento. El trabajo expone una serie de criterios constitucionales para evaluar la “contratación estratégica”, que luego aplica a los argumentos desarrollados por la sentencia. Asimismo, este trabajo analiza el examen de proporcionalidad ofrecido por el voto de mayoría. Se concluye advirtiendo algunos errores en la argumentación desarrollada en el fallo y se sugieren propuestas para corregir el precepto impugnado y criterios de análisis para futuros casos.

**PALABRAS CLAVE.** contratación pública, contratación estratégica, Ley Chile-Compra, inaplicabilidad por inconstitucionalidad, examen de proporcionalidad.

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. Síntesis del fallo. 3. Comentarios generales. 4. Comentarios de fondo. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Mediante la sentencia que es objeto de este comentario, el Tribunal Constitucional (“TC”) puso fin a una tendencia jurisprudencial reflejada en cerca de 70 fallos consecutivos, acogiendo requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestos en contra del inciso primero del artículo 4 de la Ley

<sup>1</sup> Agradecemos la colaboración para la preparación de este comentario de las abogadas Josefa Echeverría Lavín y Carolina Moreno Sanhueza.

N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (“Ley Chile-Compra”). Dicha norma, en términos simples, sanciona accesoriamente a las personas que hayan sido condenadas por ciertos ilícitos laborales con la inhabilidad para contratar con el Estado por un plazo de dos años. No se trata de un giro jurisprudencial aislado, sino que ha sido reiterado en dos recientes sentencias de inaplicabilidad recaídas sobre el mismo precepto (Roles N°13.077 y 13.906). Así, la sentencia que aquí analizamos aparece como una “nueva” tendencia jurisprudencial que aspira a proyectarse hacia futuros casos.

No es la primera vez que el TC cambia de parecer respecto a la constitucionalidad de la aplicación de esta norma. En efecto, las primeras tres sentencias de fondo en la materia decidieron rechazar los requerimientos presentados, sobre la base de argumentos muy similares a los que desarrolla el fallo que aquí analizamos. Dichos argumentos –tanto los que optan por rechazar, como por acoger los requerimientos– poseen una naturaleza marcadamente abstracta, dirigida contra el precepto mismo, por lo que las circunstancias del caso concreto adquieren una importancia marginal o secundaria. Se trata, entonces, de un guion conocido, en que cada posición recurre a un elenco de argumentos previsibles para fundar su voto, imponiéndose finalmente quienes detentan la mayoría circunstancial.

¿Por qué puede resultar interesante, se preguntará el lector, comentar una sentencia de estas características? Si todo ha sido dicho, ¿cuál es el afán de volver sobre este debate?

En primer lugar, el fallo resulta interesante porque el propio TC anuncia un giro jurisprudencial en la materia, imponiéndose a sí mismo un alto estándar de justificación. Luego, corresponde evaluar críticamente si el fallo satisface dicha exigencia, pues, aunque admisibles, las inconsistencias jurisprudenciales suponen un elemento disruptivo para el ordenamiento jurídico, por lo que deben ser debidamente examinadas por la comunidad académica.

En segundo lugar, porque la sentencia defiende la constitucionalidad del precepto impugnado (y de su aplicación) sobre la base de la implementación de políticas horizontales en la contratación pública. Si bien no es la primera vez que el TC recurre a este argumento, la sentencia lo expone con mayor profundidad y detalle, adquiriendo el tenor de argumento principal. Por ello, resulta interesante someter esta argumentación a un riguroso examen de constitucionalidad, con la finalidad de identificar sus fortalezas y debilidades.

Por último, la sentencia recurre esporádicamente a la noción de proporcionalidad para efectos de justificar la aplicación constitucional del precepto impug-

nado. Dado que los principales reproches dirigidos hacia el precepto impugnado se fundan en la desproporción concreta que se produce entre la sanción que éste impone y la conducta o infracción cometida, vale la pena analizar el fallo a este respecto.

## 2. SÍNTESIS DEL FALLO

Con fecha 2 de agosto de 2022, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N°12.750-INA (la “sentencia”).

El requerimiento de inaplicabilidad (el “requerimiento”) fue interpuesto por Finning Chile S.A., sirviendo de gestión pendiente el proceso RIT T-137-2021, RUC 21-4-0331401-0, seguido ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.

Las normas impugnadas por el requerimiento (los “preceptos impugnados”) fueron dos:

1. La segunda frase del inciso primero del artículo 4 de la Ley N°19.886. El texto completo del inciso en cuestión es el siguiente<sup>2</sup>:

“Artículo 4º.- Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal”.

2. El inciso final del artículo 495 del Código del Trabajo, cuyo texto íntegro es el siguiente<sup>3</sup>:

“Artículo 495.- La sentencia deberá contener, en su parte resolutive:

---

<sup>2</sup> Lo impugnando del artículo es lo siguiente: “Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal”.

<sup>3</sup> Aquí lo impugnado es lo siguiente: “Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro”.

- a) La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;
- b) En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;
- c) La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y
- d) La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.

En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales.

Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro”.

A juicio del requirente, la aplicación de los preceptos anteriores en la gestión pendiente resultaba en la vulneración de las siguientes normas constitucionales:

1. La garantía de igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, “CPR”), al homologar arbitrariamente situaciones muy diversas. El precepto impugnado impone igual sanción al infractor contumaz que incurre en graves infracciones laborales y a otros que se encuentran en una situación diferente. Dicha homologación carece de justificación racional en tanto no contribuye a la contratación administrativa, ni fomenta la competencia entre proveedores. Y en cuanto al fin de protección del trabajador, existen otras normas que persiguen dicha finalidad en forma más efectiva y menos lesiva con los derechos fundamentales.
2. El derecho al debido proceso constitucional (artículo 19 N°3 de la CPR), al omitirse un procedimiento previo a la imposición de la sanción, seguido ante un juez natural. Asimismo, se infringe el principio *non bis in ídem*, en tanto que de la misma infracción laboral emanan dos sanciones de diversa naturaleza, una laboral y otra administrativa. Seguidamente, se vulnera el principio de proporcionalidad (artículos 19 N°2 y 3 de la Constitución), al imponerse una sanción que no admite graduación en razón de las circunstancias del caso, aplicándose en forma automática.

3. El derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la CPR), ya que la aplicación de los preceptos impugnados implicaría para el requirente su exclusión de las licitaciones estatales. Lo anterior lo privaría de parte de su patrimonio compuesto por las licitaciones, contratos y convenios que celebra en su calidad de proveedor de organismos públicos, los que representan una fuente de ingresos permanente.
4. La garantía del artículo 19 N° 26 de la Constitución, en tanto se ve afectado el núcleo esencial de los derechos de igualdad, debido proceso y propiedad.

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento por 5 votos a 3. En términos sintéticos, la mayoría reconoció la legitimidad de las “políticas horizontales de contratación pública”, según las cuales, tal contratación puede utilizarse para promover una serie de políticas públicas, normalmente relacionadas a una noción amplia de sustentabilidad. Precisa el Tribunal que la sanción específica impugnada tiene tres finalidades: i) asegurar la libre competencia, ii) incentivar la reputación y buena fe en la contratación con el Estado; iii) operar como un incentivo económico para el cumplimiento de la legislación laboral. Agrega el TC que se pueden establecer incentivos legales para la protección de los derechos de los trabajadores, lo que sería coherente con el “principio de protección del trabajo” contenido en el artículo 19 N°16 de la CPR. En cuanto a las vulneraciones de normas constitucionales, el Tribunal Constitucional las rechaza todas, descartando las alegaciones relativas a la infracción a la igualdad ante la ley, el debido proceso, el principio *non bis in idem*, el principio de proporcionalidad y el derecho de propiedad.

Por su parte, el voto de minoría fundó su decisión de acoger el libelo constitucional en base a los argumentos previamente desarrollados por el TC en la jurisprudencia que antecede al fallo en comento (infracción del artículo 19 N°2 y 3 de la CPR). En síntesis, la disidencia considera que la aplicación del precepto impugnado produce el efecto de homologar arbitrariamente a todos los empleadores infractores, sin ponderar la naturaleza o gravedad de la falta en concreto. Además, la aplicación automática de la inhabilidad para contratar vulnera la garantía del debido proceso al operar como una sanción de plano, sin previo juzgamiento.

### 3. COMENTARIOS GENERALES

#### **3.1. Evolución jurisprudencial respecto a la constitucionalidad del artículo 4° , inciso primero, de la Ley N° 19.886**

El TC ha conocido, respecto del fondo, cerca de 75 requerimientos dirigidos en contra de los preceptos impugnados. Las primera tres sentencias de fondo

rechazaron los requerimientos interpuestos<sup>4</sup>. Luego, a partir de la sentencia Rol N°3570 de 28 de noviembre de 2018, el TC acogió en forma continua y sistemática cerca de 70 requerimientos<sup>5</sup>. Finalmente, a partir de la sentencia en comento, el Tribunal retornó a la tendencia inicial por el rechazo.

En extrema síntesis, los argumentos esgrimidos por ambas tendencias jurisprudenciales pueden resumirse de la siguiente manera:

las sentencias iniciales que rechazaron los requerimientos se guiaban por los siguientes criterios o argumentos: (i) la inhabilidad para contratar que dispone el precepto impugnado resulta consistente con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores; (ii) la inhabilidad en comento no configura una diferencia arbitraria, pues es consistente con el fin protector descrito en (i), proviene de una sentencia ejecutoriada y no limita la capacidad del sancionado de contratar con terceros, además de estar limitada en el tiempo; (iii) no existe infracción al principio *non bis in idem*, pues la sanción en sede laboral y la inhabilidad administrativa para contratar protegen bienes jurídicos distintos<sup>6</sup>; (iv) el precepto impugnado no importa una infracción al debido proceso ni infringe el principio que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. Lo primero, porque en sede laboral el requirente contó con todas las garantías de un procedimiento racional y justo. Lo segundo, porque dicho principio aplica solo en materia penal y no en causas que solo se ha hecho efectiva la responsabilidad civil; y (v) la inhabilidad para contratar opera como un medio lícito para la implementación de políticas públicas u otros fines políticamente valiosos, por ejemplo: aseguramiento de la libre competencia, reputación y buena fe en la contratación con el Estado, incentivo económico para el cumplimiento de la legislación laboral, entre otros.

En contraste, los fallos que acogieron los requerimientos de inaplicabilidad se fundaban en los siguientes argumentos: (i) el precepto impugnado infringe el artículo 19 N°2 de la CPR, sobre igualdad ante la ley y prohibición de discriminaciones arbitrarias, puesto que: (a) impone una homologación arbitraria consistente en impedir por igual la contratación con el Estado a todos los em-

---

<sup>4</sup> Tribunal Constitucional, 15.5.2012, Rol 1968-2011; Tribunal Constitucional 04.7.2013, Rol 2133-2011; Tribunal Constitucional, 15.10.2015, Rol 2722-2014.

<sup>5</sup> En efecto, el TC acogió los requerimientos de inaplicabilidad en las sentencias roles N°: 3702, 5267, 4836, 4722, 5180, 4800, 4078, 3978, 4843, 5484, 5360, 5695, 5912, 6085, 6073, 6513, 7259, 7516, 7626, 7635, 7785, 7777, 7584, 7778, 7753, 8002, 8294, 8624, 8620, 8559, 8703, 8820, 8760, 8803, 8930, 9007, 9008, 9047, 9179, 9412, 9742, 9840, 10018, 10028, 9895, 10065, 10066, 10186, 10690, 9876, 10814, 10820, 10481, 10613, 11081, 11251, 11272, 11547, 11782, 12003, 11300, 11920, 11915, 11916, 11924, 11929, 12031, 12051, 12.159, 12.192 y 12.585.

<sup>6</sup> El bien jurídico protegido por la sanción laboral serían los derechos fundamentales del trabajador, mientras que, en el caso de la sanción de inhabilidad para contratar, perseguiría atacar la falta de idoneidad para contratar de quienes violan los derechos de los trabajadores.

pleadores sancionados en sede laboral, cualquiera sea la naturaleza o entidad de la falta cometida, sin considerar ni ponderar su extensión o gravedad; (b) introduce una condición para contratar con el Estado que se revela impertinente para dicha finalidad, lo que envuelve su arbitrariedad; (ii) la norma impugnada infringe el derecho a un procedimiento legal racional y justo (artículo 19 N°3 de la CPR), ya que la inhabilitación que ésta impone, así como su extensión, no puede ser discutida ante el tribunal laboral, operando como una sanción de plano por el solo ministerio de la ley. Lo anterior infringiría el principio básico de que “no hay sanción válida sin juzgamiento”.

### **3.2. Nuevos elementos desarrollados por la sentencia: teoría del precedente y centralidad del argumento sobre la implementación de políticas horizontales en la contratación pública**

En cuanto a la sentencia que es objeto de este artículo, observamos que, en términos generales, ésta expone argumentos constitucionales muy similares a los que acabamos de sintetizar, tanto por el voto de mayoría que decide rechazar el requerimiento, como por la disidencia que opta por acogerlo. Con todo, es posible constatar algunas innovaciones.

Respecto del voto de mayoría, éste comienza con una extensa argumentación que pretende justificar el giro jurisprudencial que se produce, ofreciendo una teoría sobre el valor del precedente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los requisitos que aquel impondría ante una modificación repentina de la línea jurisprudencial del Tribunal (considerandos 5° a 16°).

En concreto, el voto de mayoría expuso que principios como la certeza jurídica, el deber de motivación y el “principio de coherencia interna del ordenamiento” exigen un nivel de homogeneidad y consistencia en las decisiones de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, añade el fallo, ello no significa que el valor del precedente imponga una petrificación del derecho, pudiendo el Tribunal apartarse de éste en razón de la necesaria evolución de la labor interpretativa (considerando 11°). Sin embargo, todo cambio de doctrina debe producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen (considerando 12°), incluso tratándose de una acción especialmente sensible a las circunstancias del caso concreto, como lo es la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En seguida, la sentencia invoca el principio de presunción de legitimidad o constitucionalidad de las leyes como herramienta hermenéutica clave para analizar la constitucionalidad del precepto impugnado. Luego, la sentencia afirma que, aplicando el criterio de razonabilidad para analizar la constitucionalidad de dicha norma, se observa una adecuada correspondencia entre los fines perseguidos por la Carta Fundamental y la Ley

Nº 19.886, y los medios utilizados para concretarlos. Lo anterior serviría como criterio para decidir en favor de la constitucionalidad del precepto impugnado (considerando 16º).

Al respecto, si bien el voto de mayoría afirma que todo cambio de jurisprudencia requiere de una motivación o justificación reforzada, ello no se observa en forma nítida en la sentencia. En efecto, si bien ésta refuerza algunos argumentos que ya habían sido esgrimidos por el TC en fallos anteriores, ninguno de ellos aparece como un argumento o consideración original o nueva. En términos generales, el fallo recurre a consideraciones preexistentes que son comunes a todos los casos. Sobre este punto, estimamos que el voto de mayoría no logra satisfacer, a este respecto, el estándar de justificación autoimpuesto. Si un tribunal decide variar o apartarse de una tendencia jurisprudencial asentada, debe presentar nuevos argumentos o consideraciones que –precisamente por no haber sido debidamente considerados en los casos anteriores– permiten concluir en sentido contrario a la tendencia jurisprudencial vigente. Al no encontrar tales razonamientos en el voto de mayoría, el giro jurisprudencial aparece como insuficientemente motivado.

Otro aspecto destacable del voto de mayoría es la explicación que expone respecto a la implementación de políticas horizontales como un fin legítimo de la contratación pública, el que se encontraría ampliamente extendido en diversas jurisdicciones. Si bien este argumento ya había sido utilizado desde los primeros fallos del TC que rechazaron los requerimientos en contra del precepto impugnado, observamos que éste adquiere una importancia central en la sentencia, el que además es complementado con nuevos antecedentes.

En efecto, el voto de mayoría afirma, citando doctrina extranjera, que al adjudicar contratos el Estado no solo debe atender a la mejor oferta económica, sino que puede y debe analizar otros elementos, como la consecución de otros bienes de relevancia jurídica (considerando 18º). En tal sentido, la implementación de políticas horizontales admitiría, entre otros medios, el castigar a quienes vulneren la ley sin que estos puedan acceder a los contratos públicos, en aras de proteger ciertos bienes jurídicos (considerando 19º). Esta práctica habría sido promovida por diversos organismos internacionales (considerando 20º) y órganos jurisdiccionales, como el Tribunal de Justicia Europeo (considerando 21º), pese a no resultar vinculantes para nuestro país. Respecto a los que sí resultarían vinculantes a juicio del TC, el fallo cita: (i) algunos numerales de la sección “Objetivos de Desarrollo Sustentable” contenidos en el documento “Agenda 2030 para el Desarrollo Sustentable”, aprobado en la Asamblea general de la ONU; y (ii) la Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública de la OCDE (considerando 22º).

Respecto a los restantes argumentos del voto de mayoría (inexistencia de diferencia arbitraria y de vulneración al debido proceso), advertimos que

estos no presentan mayores novedades, por lo que no nos extenderemos nuevamente sobre ellos.

En cuanto al voto de minoría, si bien éste reitera los dos argumentos centrales desarrollados por esta línea jurisprudencial (infracción del artículo 19 N°2 y 3 de la CPR), expone con mayor detención el déficit del que adolecería el precepto impugnado desde las exigencias del principio de racionalidad o razonabilidad constitucional. En efecto, la disidencia argumenta que la inhabilidad que crea el precepto impugnado no tiene fundamento desde la lógica de la contratación pública, y la finalidad relativa a impedir la obtención de ventajas ilegítimas por infringir leyes laborales, se encuentra resguardada por el inciso segundo del artículo 4° de la ley en comento (considerando 8°). Por otra parte, explica el voto de minoría, el principio de razonabilidad se encarga de analizar la justificación, necesidad e idoneidad de una regulación, a fin de evitar que ésta incurra en arbitrariedad (considerandos 10° y 11°). Aplicando tal principio a la prohibición de contratar que impone el precepto impugnado, la disidencia concluye que éste se ve infringido, ya que dicha regulación opera como una especie de “autotutela legislativa” al imponer un castigo sin procedimiento previo (considerando 14°). Asimismo, tampoco satisfaría las exigencias de la razonabilidad el hecho de que una sanción con fines de protección laboral se incluya en la legislación administrativa, por afectar la certeza jurídica y la garantía del justo y racional procedimiento (considerando 15°). Por último, culmina la disidencia, la prohibición de contratar sería desproporcionada, inadecuada e innecesaria considerando que el equilibrio jurídico de los intereses en conflicto se reestablece con la sanción propiamente laboral, por lo que la sanción que impone el precepto impugnado sería excesiva e incluso infractora del principio *non bis in idem* (considerando 19°).

## 4. COMENTARIOS DE FONDO

### 4.1. Políticas horizontales de contratación pública

- a) El “poder de la bolsa” del Estado ordenado al bien común

La interrogante de fondo tras la Sentencia es si el Estado puede utilizar su poder de contratación para impulsar diversos objetivos de políticas públicas<sup>7</sup>. Nuestra hipótesis es que no existe una respuesta unívoca a esta pregunta, sino

---

<sup>7</sup> FLORES (2019), p. 344, señala que la contratación estratégica consiste en “incorporar en la legislación contractual administrativa elementos exógenos que le permitan a los órganos públicos, por la vía del contrato administrativo, satisfacer necesidades públicas anexas o complementarias, como por ejemplo la protección del medio ambiente, el respeto de los derechos sociales o laborales, la observancia de los derechos de los consumidores, entre otras”.

que dependerá de una serie de consideraciones. O, puesto de otra forma, se puede en la medida que se respeten múltiples limitaciones y condicionantes.

Comencemos señalando que el Estado, en diversas latitudes y épocas, ha utilizado activamente su poder de contratación para lograr ciertos objetivos externos al contrato mismo<sup>8</sup>. En efecto, dada la ingente cantidad de recursos destinados a la contratación pública, resulta imposible menospreciar el poder real que tal fenómeno entrega al Estado<sup>9</sup>.

Sabiendo lo anterior, el Estado ha recurrido a múltiples prácticas en las que hace valer su peso específico, en cuanto cliente prioritario, para impulsar diversas políticas públicas. Este fenómeno ha sido denominado como “políticas horizontales en la contratación pública”<sup>10</sup>, o simplemente “contratación estratégica”. Así, por ejemplo, en Estados Unidos se ha hecho amplio uso del poder de contratación de entidades públicas para favorecer ciertas políticas antidiscriminatorias. De este modo, se ha exigido a ciertos contratistas que no excluyan ciertos grupos desaventajados<sup>11</sup>, o se bonifica a empresas que posean una composición o estructura propietaria que refleje una importante presencia de minorías<sup>12</sup>.

Otros ejemplos dicen relación con la protección del medio ambiente. Así, existen ordenamientos donde la contratación pública se vincula a consideraciones de carácter medioambiental<sup>13</sup>, o derechamente a la noción de sustentabilidad o responsabilidad ambiental<sup>14</sup>, entre los que destacan diversos ordenamientos latinoamericanos (y desde hace más de una década)<sup>15</sup>.

También existen casos, como el que se estudia, vinculado a la protección de los derechos de los trabajadores<sup>16</sup>.

En definitiva, es claro que los Estados utilizan su poder de contratación para fomentar diversas conductas funcionales a sus objetivos. ¿Es esto normativamente permisible en Chile? En principio, nos parece que sí. Recordemos que, bajo nuestro ordenamiento constitucional, la finalidad última del Estado es la promoción del bien común, entendido como “el conjunto de condiciones

---

<sup>8</sup> MCCRUDDEN (2007).

<sup>9</sup> Cfr. UGALDE (2022), p.5.

<sup>10</sup> ARROWSMITH (2019); UGALDE (2022); TORNOS (2020), p.13 la denomina “Contratación estratégica”.

<sup>11</sup> E.g., Corte Suprema de Estados Unidos, *Fulton v. Philadelphia*, 17.6.2021.

<sup>12</sup> E.g. GIMENO (2017), p.247.

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, la Directiva 2014/24/UE (Unión Europea), artículo 18.2; Artículos 71, 129 y 145 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público.

<sup>14</sup> Eg., artículo 288 de la Constitución de Ecuador.

<sup>15</sup> E.g., Brasil, Ecuador, Haití, México, Nicaragua, Perú. Véase BEZCHINSKY y LÓPEZ (2012), pp. 3-6

<sup>16</sup> Eg. Artículo 24 de la Directiva 2014-23 UE; Véase también GIMENO (2017), pp. 247-248.

sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1º, inciso 4, de la CPR).

El bien común es un concepto complejo, de contenido contextual y variable<sup>17</sup>. Así, sus exigencias, siempre múltiples, exigen una proactividad permanente del Estado. Desde esta perspectiva, el Estado debe utilizar todos los medios a su alcance para contribuir a la creación de las condiciones sociales habilitantes. Ello implica, desde la emisión de prohibiciones legales, pasando por la creación de organismos públicos especializados, hasta el ejercicio del “poder de la bolsa”, esto es, los recursos financieros estatales. Es más, la contratación estratégica puede ser particularmente eficaz para lograr ciertos objetivos<sup>18</sup>.

No hay nada de malo, por tanto, en que el Estado, en la persecución del bien común, utilice un medio legítimo –la contratación pública– para lograr diversas finalidades. Así, por ejemplo, si se necesita, por fines de seguridad nacional, crear un asentamiento militar en una zona fronteriza, también se puede utilizar esa oportunidad para fomentar la construcción sustentable, proteger el patrimonio ambiental, promover la descentralización, etc.

Hasta aquí la cuestión parece bastante obvia: dados los recursos (y oportunidades) limitados del Estado, y sus múltiples deberes de cara al bien común, mientras más necesidades atiende con los mismos recursos, tanto mejor.

Es más, la propia Ley Chile-Compra contempla en su artículo 6º, que las bases de licitación consideren, en las ofertas, elementos adicionales al precio. En particular, se menciona a las “*mejores condiciones de empleo y remuneraciones*”, lo que contempla factores como “la duración indefinida de los contratos”, “mayores sueldos por sobre el ingreso mínimo mensual”, etc. En ocasiones la norma alcanza un nivel de detalle sorprendente. Por ejemplo, en los contratos de prestación de servicios para establecimientos de educación parvularia, escolar y preescolar, se exige que los contratos de trabajo de quienes manipulan alimentos contemplen el pago de los meses de diciembre, enero y febrero. También se ordena priorizar a empresas con convenios colectivos vigentes con los sindicatos.

No obstante lo señalado, una respuesta completa al problema planteado no es tan simple. Existen una serie de condicionantes que obligan a revisar cuidadosamente esta verdadera “superposición” de finalidades.

---

<sup>17</sup> Véase SILVA (1997) Tomo I, pp.193-200; CEA (2012) Tomo I, p.221.

<sup>18</sup> ARROWSMITH (2019).

b) Limitaciones y condicionamientos a la implementación de políticas horizontales en la contratación pública

En primer lugar, debe considerarse una limitación estructural al concepto de bien común (que también es el fin último de los contratos públicos y de la contratación horizontal<sup>19</sup>), cual es el pleno respeto a los derechos fundamentales. Este aspecto es tan trascendental, que nuestro constituyente decidió agregarlo expresamente en la noción de bien común. En efecto, tal noción fue extraída de las enseñanzas de la Iglesia Católica, y en particular del documento *Gaudium et Spes*<sup>20</sup>, el cual no contemplaba la limitación en comento. Ello, según señalan algunos, por su obviedad<sup>21</sup>, ya que no puede existir un bien “de cada uno”, si a la vez se le están vulnerando los derechos fundamentales a algunas personas.

En todo caso, no cabe duda que encontramos aquí una limitación objetiva y fundamental a la actividad estatal: no hay fin que justifique la vulneración de los derechos de las personas. Esta misma idea es retomada en el artículo 5 de la Constitución, que junto con el primero encarnan el *thelos* de toda la Carta<sup>22</sup>. Señala el texto que: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (...)”. De esta forma, jamás le está permitido al Estado, por importante que sea la finalidad que persigue, vulnerar los derechos fundamentales de la población. La soberanía, esto es, el poder estatal, no es ilimitado, y no alcanza para justificar tal vulneración.

En consecuencia, la utilización de la contratación pública como herramienta para lograr ciertos fines ajenos a la propia contratación, en cuanto medio que permite al Estado promover el bien común, debe realizarse sin vulnerar derechos fundamentales. En la especie, sin embargo, existen argumentos convincentes para señalar que el artículo 4° de la Ley Chile-Compra puede infringir tales derechos, al menos en algunos casos, en particular los derechos de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, el debido proceso y la proporcionalidad constitucional. Este es, por tanto, un primer problema esencial de la norma en comento. Analizaremos tales infracciones posteriormente, en los siguientes numerales de este capítulo.

Una segunda limitación que debe considerarse a la hora de utilizar la contratación pública para fines adicionales, es la finalidad original del contrato. En

<sup>19</sup> UGALDE (2022), p.5.

<sup>20</sup> Véase el numeral 26 del Concilio Vaticano II.

<sup>21</sup> CEA (2012) Tomo I, p.223; SILVA (1997) Tomo I, pp.193-200.

<sup>22</sup> CEA (2012) Tomo I, p.224.

efecto, todo contrato (público/estatal) se celebra para algo, persigue una finalidad. Si bien no hay inconveniente en agregarle otras finalidades adicionales, aquellas no pueden contrariar la finalidad original y fundamental del contrato en cuestión. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), esta limitación se traduce, entre otros factores, en la necesidad de “evaluar la adecuación de la contratación pública como instrumento para perseguir objetivos secundarios de política de acuerdo con unas prioridades nacionales claras, valorando los potenciales beneficios frente a la necesidad de lograr la obligada rentabilidad”<sup>23</sup>. En otras palabras, la finalidad prioritaria es el criterio ordenador fundamental, que disciplina la adopción de otros fines adicionales.

Imaginemos que el Estado necesita aprovisionarse de colaciones para entregar a niños vulnerables. Aquí la finalidad esencial es procurar una alimentación de una calidad al menos suficiente. Supongamos que el Estado aprovecha la oportunidad para promover las micro, pequeñas y medianas empresas (MiPyme) y que lo hace en forma no discriminatoria para las demás empresas. En principio no habría inconveniente, pero sí lo habría si, por ejemplo, no existen MiPyme suficientes para asegurar la provisión necesaria de colaciones. O si los costos suben al punto de hacer inviable la adquisición de todas las colaciones que se necesiten.

Lo anterior nos conduce a una tercera limitación. Debe recordarse que la contratación administrativa responde a ciertos principios fundamentales, entre ellos, la eficiencia y la eficacia. Es así como el mismísimo artículo 6 de la Ley Chile-Compra, antes mencionado a propósito de las consideraciones y exigencias que imponía a los contratos administrativos, cierra con el siguiente inciso: “*en todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones*”.

Se aplica así un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico: las normas no se pueden considerar en forma aislada, sino como parte de un sistema, que a su vez posee ciertos principios estructurantes. En el caso de la contratación pública, las reglas especiales sobre finalidades específicas o adicionales de la misma, deben considerarse siempre dentro del marco general que regula tal contratación. No es posible, por tanto, sostener que se pueden perseguir tales finalidades adicionales a costa del sacrificio de principios fundantes de la contratación pública, como lo son

---

<sup>23</sup> OCDE, p. 9. Otras recomendaciones de este organismo son “Elaborar una estrategia adecuada para la integración de los objetivos secundarios de política en los sistemas de contratación pública” y “Emplear una metodología adecuada de evaluación de impacto para cuantificar la eficacia del sistema de contratación pública en el logro de objetivos secundarios de política” (p.9).

la eficacia, la eficiencia y el ahorro. Así lo reconoce la propia sentencia (considerando 17º)<sup>24</sup>.

Surgirán casos, sin embargo, en que la relación entre estas nuevas finalidades y los principios clásicos señalados entren en tensión. Tal vez el más evidente dice relación con los costos asociados<sup>25</sup>. Así, por ejemplo, contratar a la empresa que paga mejores remuneraciones puede ser también la opción más onerosa.

Existen diversas formas de enfrentar tales tensiones. Una posibilidad es crear una suerte de jerarquía entre ellos, ya sea permitiendo que las finalidades adicionales primen siempre por sobre los principios generales de la contratación pública (una suerte de “criterio de especialidad”), o bien subordinando completamente aquellas finalidades a los principios generales (la lógica sería entonces permitir tales finalidades, sólo en la medida que no signifiquen una desviación de tales principios). Una opción alternativa consiste en realizar una suerte de ponderación, la que puede ser efectuada por el legislador o por el juez. Un ejemplo de la primera es el mismo artículo 6 de la Ley Chile-Compra, el cual ordena, respecto de determinadas licitaciones, que: “el criterio económico deberá ponderar al menos un 50 por ciento y el criterio mejores condiciones de empleo y remuneraciones a que se refiere el inciso primero deberá ponderarse en al menos un 30 por ciento del puntaje total de evaluación.” De esta forma, es la propia ley la que atribuye una relevancia precisa y mensurable a los principios clásicos (en este caso, representadas por el criterio económico) y a las finalidades adicionales.

Una variante de la solución anterior consiste en entregar al juez la potestad de ponderar y acomodar caso a caso tales principios y finalidades, con o sin orientaciones legislativas, alternativa que si bien permite mayor sensibilidad a las particularidades de cada situación, disminuye la certeza jurídica.

Una cuarta limitación dice relación con los tres principios básicos de la contratación administrativa: libre concurrencia de oferentes, estricta sujeción a las bases e igualdad ante las bases. Estos principios, reconocidos por la propia sentencia (considerando 17º) no admiten “acomodo

---

<sup>24</sup> En efecto, la Sentencia afirma que los contratos administrativos y las licitaciones públicas que los originan “deben propender a la eficiencia, eficiencia y ahorro (...)”.

<sup>25</sup> ARROWSMITH (2019); UGALDE (2022).

dación”, sino que deben cumplirse rigurosamente<sup>26</sup>. Veamos cada uno de ellos.

El principio de libre concurrencia de los oferentes se encuentra consagrado en el artículo 9° de la Ley N°18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Exige que “la Administración no ponga más restricciones, inhabilidades o limitaciones que las expresamente dispuestas en la ley”<sup>27</sup>. Así, la forma de cumplir con este principio en situaciones como la que se comenta en este artículo, consiste en la consagración legal, no sólo de las finalidades adicionales, sino de las inhabilidades o desventajas concretas que se diseñan como medio para alcanzarlas (como sucede con el artículo 4° de la Ley Chile-Compra). Se excluye, por tanto, su inclusión en preceptos infra legales (como reglamentos o bases de licitación)<sup>28</sup>, protegiéndose de paso la libre y amplia competencia<sup>29</sup>.

Podría argumentarse que el aserto anterior sólo se aplica cuando la contratación estratégica supone alguna desventaja o perjuicio directo para el afectado (se lo excluye o dificulta su participación). Según esta postura, quedarían exentos del problema señalado aquellas políticas o medidas que consisten en beneficios o ventajas. Así, por ejemplo, la exclusión de los condenados judicialmente por prácticas antisindicales debería establecerse claramente en la ley. A contrario, el otorgamiento de un mayor puntaje, dentro de un proceso de selección, a quienes han cumplido con la legislación laboral, no requeriría de consagración legal.

A nuestro juicio, la limitación anterior es lógicamente inconsistente y jurídicamente errada. Es lógicamente inconsistente porque, en una situación de competencia (como lo son las licitaciones públicas), el beneficio a un competidor se convierte inmediata y directamente en un perjuicio o desventaja para el resto. En otras palabras, aún cuando el foco esté en el beneficio o ventaja concedido, siempre existirá una contracara de exclusión o desventaja, por lo que la aplicación del principio en comento es igualmente necesaria.

---

<sup>26</sup> Al respecto la Contraloría General de la República ha señalado en recientes dictámenes que “(...) los proveedores de bienes y servicios, sean personas naturales o jurídicas, tienen plena libertad de participar en los procesos concursales a que llame la Administración y que, en caso que decidan concurrir a dichos eventos, se les debe garantizar un trato igualitario y no discriminatorio” (Dictamen N°220.257 de 2 de junio de 2022). Asimismo, dicho órgano de control ha sostenido que “la jurisprudencia administrativa ha puntualizado que la estricta sujeción a las bases constituye un principio rector que rige tanto el desarrollo del proceso licitatorio como la ejecución del correspondiente contrato (Dictamen N° 139.152, de 15 de septiembre de 2021).

<sup>27</sup> MORAGA KLENNER (2019), pp.260-261.

<sup>28</sup> Cfr. CGR, Dictamen N°66.157 de 15 de octubre de 2013.

<sup>29</sup> Uno de los bienes jurídicos que pueden verse afectados por la contratación horizontal es, precisamente, la competencia. Véase UGALDE (2022), ARROWSMITH (2019).

Jurídicamente, cabe señalar que las diferencias de trato, tanto positivas como negativas, pueden ser igualmente contrarias a la igualdad ante la ley. A las primeras comúnmente se les denomina “privilegios” y a las segundas, “discriminaciones”, pero ambas poseen idéntica capacidad de ilicitud<sup>30</sup>. Volveremos a este punto más adelante.

En cuanto al principio de estricta sujeción a las bases de licitación, este encuentra sustento legal en el artículo 10 de la Ley Chile-Compra, particularmente en su inciso tercero, que dispone: “los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen (...)”.

De esta forma, el contenido de las bases dista de ser una mera referencia u orientación. Por el contrario, se trata de documentos plenamente vinculantes, los cuales deben ser capaces de ofrecer una regulación íntegra de la licitación, tanto de forma como de fondo, sin perjuicio de la regulación legal y reglamentaria aplicable. Como ha señalado la jurisprudencia<sup>31</sup>, este principio constituye una garantía de seguridad jurídica, y también de igualdad entre los oferentes.

En la situación que se estudia, la consecuencia directa de este principio es que los contenidos de contratación estratégica no sólo deben ser establecidos genéricamente en la ley, sino también cuidadosamente detallados en las bases. No solo basta mencionarlos (qué finalidades se espera conseguir a través de qué mecanismos), sino que se requiere una descripción escrupulosa de los medios empleados, magnitud, excepciones, graduaciones, mensuras, procedimientos, plazos, etc. Como resultado, los oferentes deben alcanzar completa certeza de qué se les está pidiendo, cómo y cuándo deben cumplir, y cuáles son las consecuencias de su incumplimiento.

Finalmente, el principio de igualdad de los oferentes goza de diversas consagraciones normativas. Si bien emana de la interdicción constitucional de la discriminación arbitraria (artículo 19 N°2) y de su iteración en materia económica al lidiar con el Estado (artículo 19 N°22), su consagración legal más precisa se encuentra en el artículo 9° de la Ley N° 18.575. Señala este precepto que: “el procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato”. A su vez, el artículo 6 de la Ley Chile-Compra prohíbe explícita-

---

<sup>30</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2019), pp. 70-91.

<sup>31</sup> E.g. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3467-2013, de 24 de enero de 2014.

mente el establecimiento de diferencias arbitrarias en las bases de licitación, lo que ha sido refrendado por la jurisprudencia administrativa y judicial<sup>32</sup>.

En definitiva, de lo expuesto en esta sección podemos concluir que, si bien la contratación horizontal no está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, aquella debe cumplir con una serie de exigencias, entre ellas: i) pleno respeto a los derechos fundamentales de los involucrados; ii) compatibilidad con la finalidad original del contrato; iii) respeto a los principios de eficiencia y eficacia y iv) cumplimiento irrestricto a los tres principios básicos de la contratación administrativa: libre concurrencia de oferentes, estricta sujeción a las bases e igualdad antes las bases. Lo anterior redundaría en exigencias de legalidad (las exclusiones o beneficios deben fundamentarse en una norma de rango legal) y no discriminación.

#### c) El artículo 4 de la Ley Chile-Compra

A la luz de la sección anterior, nos parece que la norma del artículo 4° de la Ley Chile-Compra es problemática. Es cierto que se encuentra expresamente consagrada en la ley y que se han invocado finalidades lícitas para su defensa. Según el fallo, dichas finalidades lícitas serían el aseguramiento de libre competencia, reputación y buena fe en la contratación con el Estado, incentivo económico para el cumplimiento de la legislación laboral, entre otras, (considerando 24°). Sin embargo, la amplitud de su alcance y la falta de calificaciones para su aplicación, presentan dificultades. Destacaremos tres principales.

##### i) Conflicto con la finalidad principal del contrato y los principios de eficiencia y eficacia

En primer término, podría surgir un conflicto con la finalidad original del contrato en cuestión, así como con los principios de eficiencia y eficacia. En efecto, una descalificación automática e inapelable de ciertos proveedores del Estado podría redundar, en algunos rubros (especialmente aquellos en que existe un número reducido de oferentes), no solo en precios mayores y calidades inferiores, sino incluso en la imposibilidad de contratar, frustrando de esa forma la obtención de la finalidad original de la licitación en cuestión. Un buen caso para ejemplificar este conflicto es el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Pontificia Universidad

---

<sup>32</sup> Ver: Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 6.080-2017, de 4 de julio de 2017; Contraloría General de la República, dictamen N° 12.286 de 15 de mayo de 2018. En este último, el órgano contralor afirmó que “al establecer en las bases los criterios de evaluación de los oferentes, no es procedente incluir factores que por su sola consideración resulten discriminatorios, en términos de excluir a los demás oferentes que no puedan cumplir con aquellos (...)”.

Católica, en contra de la norma en cuestión, en el cual se argumentaba que la prohibición de contratar con el Estado no solo resultaría perjudicial para la Universidad, sino también para la Administración y la comunidad en general, atendido que el Hospital Clínico de dicha casa de estudios era un proveedor de gran importancia para el Estado, siendo el segundo prestador privado con mayor cobertura durante el año 2018 y el único prestador de trasplante cardíaco infantil<sup>33</sup>.

ii) Igualdad ante la ley y no discriminación

En segundo lugar, si bien la norma del artículo 4° de la Ley Chile-Compra goza de rango legal y se aplica por igual a todos los concurrentes, aquella podría vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, derecho fundamental y a la vez exigencia particular de la contratación administrativa.

El derecho a la igualdad ante la ley, recogido principalmente en el artículo 19 N°2 de la Constitución, supone la facultad de exigir al ordenamiento jurídico, así como a las autoridades que lo aplican, e incluso a particulares, un trato igual para quienes se encuentren en la misma situación, y eventualmente, un trato desigual para quienes se encuentren en una situación diferente. Esta noción responde a una asentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional comenzada con el célebre voto de minoría del fallo Rol N°28 de 1985, consolidada como opinión mayoritaria en los fallos roles N°s 53 de 1988 y 219 de 1995 y continuada en innumerables fallos posteriores. Nótese que un elemento central de esta noción de igualdad es la necesidad de brindar un trato diferente a situaciones que son distintas. En palabras del Tribunal Constitucional:

“la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes” (originalmente en Rol N° 53 de 1988 considerando 72 e incorporado en decenas de sentencias posteriores).

Ahora bien, la igualdad constitucional general se concreta en un derecho específico a no ser discriminado arbitrariamente, esto es, a no ser objeto de diferencias caprichosas, irracionales o sin justificación suficiente<sup>34</sup>. A su vez, este criterio o estándar de racionalidad ha sido operativizado por el Tribunal Constitucional en un test, el cual supone identificar tres elementos que deben manifestar una relación directa y esencial entre ellos, a saber:

<sup>33</sup> Véase UGALDE (2022), p.26.

<sup>34</sup> MARTÍNEZ (2023), p.2.

“(1) la finalidad declarada por el legislador al crear el beneficio, (2) la diferencia concreta de trato que se establece por el legislador, y (3) el criterio de diferenciación, vale decir porqué el Estado les va a financiar la gratuidad a unos y a otros no. Efectuado esto podremos concluir que no existe la debida racionalidad entre estos tres elementos” (considerando 36° Rol 2935).

En este contexto jurisprudencial, consistente y reiterado algunas expresiones de la sentencia resultan sorprendentes. La primera consiste en afirmar que la “igualdad ante la ley se focaliza en la protección o distribución de otros bienes, en especial de derechos fundamentales” y que “las garantías [entiéndase la igualdad ante la ley] son funcionales a los derechos que tutelan y no pueden quedar indexadas a una rigidez normativa que si se justifica en mayor grado para las normas que los reconocen y configuran” (considerando 31). Se evidencia aquí una visión peligrosamente reduccionista de la igualdad ante la ley que: i) se identifica con la igualdad de derechos y ii) se le da valor exclusivamente en cuanto medio para la protección de otros derechos.

Como se ha explicado latamente en otro lugar<sup>35</sup>, la igualdad constitucional presenta múltiples significados, los cuales conviven, se superponen e incluso conflictúan en nuestro ordenamiento jurídico. La igualdad de derechos –a la que alude el fallo– es una de aquellas formas, pero: i) no es la forma “basal” y ii) manifiesta importantes dificultades.

El significado primigenio e insustituible de igualdad, de raigambre aristotélica, consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, tal y como reconoce la misma sentencia en el considerando 30, siguiendo una larga línea de sentencias del Tribunal Constitucional<sup>36</sup>. La igualdad de derechos, así como otras nociones de igualdad, se construye sobre esta, sin llegar jamás a sustituirla.

La igualdad de derechos, a su vez, como señala la sentencia, se enfoca en el goce de otros derechos fundamentales. Sin embargo, aquella presenta ciertas limitaciones, siendo la más evidente la pérdida de autonomía de la igualdad como derecho fundamental. En efecto, para la igualdad de derechos lo importante es el derecho adicional protegido, no la igualdad en sí misma. En consecuencia, una vulneración a la igualdad (una discriminación arbitraria) no constituiría un problema a menos que, simultáneamente, resulte en la vulneración de otro derecho fundamental. Esta misma lógica se puede aplicar de forma atenuada: aunque el trato sea patentemente discriminatorio, si la afectación al derecho adicional es de menor entidad, entonces es muy probable que pueda ser justificado.

<sup>35</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2019), pp.31-61.

<sup>36</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2015).

Como puede apreciarse, la Sentencia parece denotar una confusión conceptual: no solo invoca dos tipos de igualdad diferentes (aristotélica y de derechos) sin advertirlo (o advertirle al lector), sino que pone en entredicho la autonomía de la igualdad ante la ley como un derecho en sí mismo. Esta tesis se opone al texto de la Constitución (artículo 19 N°2 de la CPR) y a la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional.

Luego, el examen de racionalidad al que recurre el Tribunal también es algo confuso. Es cierto que, habiendo formulado el problema como una posible falta de diferenciación (la sentencia entiende que las partes alegan que la norma trata de forma igual a situaciones diferentes), el test de racionalidad desarrollado por el mismo Tribunal no parecía idóneo. Como en este caso lo que se reclama es la ausencia de una diferencia, se hace imposible reconocer algunos elementos centrales de este test. Es así como: i) no existe una diferencia de trato, ii) tampoco criterio de diferenciación y iii) respecto de la finalidad, solo podría inferirse que sería cumplir más fielmente con la finalidad de la regla general original, la que importa el trato igualitario para todos los destinatarios.

En definitiva, se entiende la dificultad de usar el test de racionalidad. Sin embargo, cuando el Tribunal entra al meollo del examen de igualdad y no discriminación, esto es, la existencia o no de racionalidad suficiente en la diferencia de trato (o en la falta de diferencia), se observan algunos errores. La Sentencia ofrece tres justificaciones: i) la aplicación del artículo 4 de la Ley Chile-Compra (y la inhabilidad que supone) es consecuencia del cumplimiento del requisito que exige la ley, esto es, la sentencia judicial condenatoria; ii) la diferencia “es entre una misma categoría de personas: quienes desean contratar con la Administración, diferencia que resulta necesaria e idónea para cumplir con las finalidades perseguidas por el legislador” y iii) el artículo 4° impugnado sería una regla del Orden Público Económico, que limita el ejercicio de determinados derechos, y en este caso la limitación a la actividad económica del requirente no sería irracional ni desproporcionada.

El primer argumento es netamente formalista y completamente inhábil como justificación: la norma se aplicó porque ella decía que tenía que aplicarse (se cumplió el requisito que exigía). No existe aquí análisis alguno acerca de la racionalidad del contenido de los preceptos impugnados, abdicando el Tribunal a realizar lo que justamente debe hacer: analizar la constitucionalidad de la norma y no sólo limitarse a aplicarla.

El segundo argumento posee dos partes. La primera no se logra entender: ¿qué significa en este contexto “la misma categoría de personas”? Pareciera ser una invocación al criterio de diferenciación del test de racionalidad, pero este construye tal categorización a partir de la diferencia. La aplicación del trato distinto

creará, al menos, dos categorías: los afectados/beneficiados por la diferencia de trato y los que no. No se refiere, por tanto, a categorías predeterminadas de personas, como los competidores en una licitación. En definitiva, no se comprende qué quiso decir la sentencia en este punto.

Ahora bien, la última parte del segundo argumento sí aborda la discusión de fondo, cual es la relación entre medios y fines: la diferencia de trato serviría para alcanzar los fines de la norma. Se presentan, sin embargo, dos inconvenientes. El primero es que el fallo recurre a los conceptos de necesidad e idoneidad. La necesidad requiere recurrir al medio menos lesivo, menos gravoso para los derechos del afectado, de entre todos los medios idóneos que conducen al fin declarado por el legislador, en la medida que la finalidad avance de forma similar<sup>37</sup>. A su vez, la idoneidad exige que exista una conexión directa entre el medio utilizado y el resultado declarado como objetivo en la ley (debe servir para alcanzar el fin)<sup>38</sup>. El problema es que ambos conceptos no son parte del examen o estándar de racionalidad, sino del de proporcionalidad. Más allá de que resulta inapropiado utilizar la proporcionalidad y no la racionalidad en materia de igualdad y no discriminación<sup>39</sup>, la mezcla entre ambos estándares es un error que causa confusión e incertidumbre. En el numeral siguiente de este capítulo se analizará en profundidad la aplicación del test de proporcionalidad en la sentencia, profundizando en las deficiencias aquí mencionadas.

Un inconveniente adicional del argumento que veníamos comentando es que éste trata el problema como uno de diferencia y no de falta de diferencia. Reiteramos que, siguiendo a Aristóteles, el propio Tribunal Constitucional ha señalado una y otra vez que la igualdad se vulnera tanto cuando se ofrece un trato desigual a los iguales, como cuando se trata de igual forma a los desiguales. El razonamiento del Tribunal se enfoca en la primera hipótesis: se está otorgando un trato desigual a quienes vulneran los derechos de los trabajadores y sindicatos, pero eso sería razonable porque permitiría cumplir con el fin de proteger a estos grupos. El punto es que el principal vicio de igualdad de la norma impugnada es otro: se trata del mismo modo a todos aquellos que incumplan algún derecho de los trabajadores y sindicatos, sin distinguir la gravedad del incumplimiento, su reiteración, consecuencias, contexto, etc. Así, el principal argumento de igualdad es por falta de diferencia, esto es, la segunda parte de la fórmula aristotélica, para lo cual este segundo argumento ofrecido del Tribunal no presenta utilidad.

---

<sup>37</sup> COVARRUBIAS (2012), pp. 450-451, p. 454.

<sup>38</sup> NOGUEIRA (2006), p.813.

<sup>39</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2019), pp.97-100.

El tercer argumento del Tribunal posee dos partes. Primero invoca al Orden Público Económico (“OPE”), como justificante de la limitación de derechos (como la libre iniciativa económica del requirente). Al respecto, no cabe sino recordar que la doctrina ya ha denunciado como el OPE se invoca por los tribunales como una suerte de *mentolatum*, capaz de justificar sanciones, reglas imperativas, regulaciones intensas, etc.<sup>40</sup>. Se requiere, por tanto, de una mayor elaboración conceptual acerca de qué puede considerarse como parte del OPE y qué consecuencias jurídicas precisas derivan de aquello.

A continuación, el Tribunal entra al análisis de fondo, al señalar que las limitaciones sobre el requirente no son irracionales ni desproporcionadas. Entrega dos justificaciones para sus dichos: el afectado podrá seguir contratando con otros privados y la limitación durará solo dos años. Así, finalmente, llegamos al corazón del razonamiento del Tribunal. Se trata de razones bastante directas, comprensibles y de peso. Si bien el fallo lo aplica sólo a uno de los derechos fundamentales comprometidos (libertad de empresa), podrían extenderse a los derechos de propiedad e incluso al de igualdad (debido proceso quedaría excluido).

Sin embargo, he aquí precisamente la particularidad del requerimiento de inaplicabilidad: el examen de racionalidad (o proporcionalidad) debe hacerse en forma contextualizada al caso concreto. Volvemos entonces al razonamiento de igualdad: no pueden tratarse casos esencialmente diferentes de forma igual. Aparece, entonces, que el problema principal de las normas impugnadas es la falta de gradualidad: el castigo es el mismo para quién afectó en una sola ocasión el derecho de sus trabajadores, que para aquel que sistemáticamente los vulneró. El mismo para quién infringió gravemente múltiples derechos, que para aquel que intervino más levemente con alguno.

Es cierto, como señala la propia Sentencia, que esta forma de comprender la igualdad “no importa la exigencia de un trato legal específico frente a toda diferencia, pues ello imposibilitaría la existencia de reglas generales” (considerando 32º). No toda diferencia puede considerarse como meritoria de un trato diferente. Sin embargo, el otro extremo tampoco es cierto, esto es, que una norma pueda simplemente ignorar todo tipo de diferencias, incluso las más relevantes, pues también se vulnera la igualdad ante la ley.

### iii) Afectación incierta de derechos fundamentales

Adicionalmente al derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, la aplicación de la norma impugnada podría afectar otros derechos, en particular

---

<sup>40</sup> FERMANDOIS (2001), pp. 41-117.

la propiedad y libre iniciativa económica. Esta afectación puede ser de una entidad tal, que constituya una vulneración, cuestión que, como vimos, opera como limitación a la contratación estratégica.

El problema es que la única forma de determinar el nivel de interferencia con estos derechos es atendiendo al contexto. La relevancia de la sanción en cuestión dependerá de muchos factores: ¿tiene la empresa sancionada otros clientes? ¿es posible su reconversión? ¿cuál es su situación financiera? ¿vende un producto o servicio muy especializado?, etc. Así, la misma sanción puede ser la sentencia de muerte de algunas empresas, pero constituir sólo una ligera molestia para otras. La restricción temporal a dos años, por tanto, no puede entenderse en sí misma, y aisladamente de otras consideraciones, como una garantía suficiente de proporcionalidad o moderación.

Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sería de esperar que la naturaleza concreta de la inaplicabilidad permitiera, precisamente, desarrollar un examen detallado del impacto preciso y real de la norma impugnada en el caso concreto. Si este análisis arroja la existencia de una injerencia desproporcionada en los derechos en cuestión, la norma debiera declararse inaplicable.

#### d) Propuesta: graduar

Como a estas alturas parece evidente, la raíz del problema es que la norma en cuestión es excesivamente rígida, imponiendo un único castigo a una amplia gama de conductas, sin considerar diferencias relevantes entre ellas, atenuantes, agravantes, eximentes, reincidencias, impacto, daño efectivamente causado, buena o mala fe, etc.

Por tanto, la solución evidente consiste en terminar con esta extrema rigidez, permitiendo que el juez gradúe la sanción según las circunstancias del caso. Tal graduación puede apuntar a la prohibición en sí misma, a la duración, al tipo de contratación, etc. Por supuesto que el legislador, si así lo desea, puede establecer criterios y reglas para la decisión judicial, pero sin sustituir del todo el proceso de determinación de la sanción apropiada para la situación precisa sometida a su conocimiento, lo que corresponde a la función jurisdiccional.

Alternativamente a la existencia de prohibiciones o sanciones, puede considerarse la creación de preferencias o “puntajes adicionales”, tal y como hacen otras normas de nuestro sistema jurídico a quienes cumplan con las finalidades perseguidas por el legislador. Así, por ejemplo, el artículo 6 de la Ley Chile-Compra establece una serie de elementos que otorgan mayor puntaje o que priorizan las ofertas de aquellos postulantes que reúnen o cumplen

requisitos o conductas que el legislador desea incentivar (v.gr. postulantes que exhibieron mejores condiciones de empleo y remuneración, entre otras).

#### **4.2. Confuso e insuficiente análisis de proporcionalidad**

Otro elemento del fallo que merece un análisis en profundidad consiste en la forma en que el voto de mayoría rechaza los posibles efectos inconstitucionales que produciría la aplicación del precepto impugnado con respecto a la proporcionalidad constitucional. Si bien ya hemos mencionado algunas consideraciones respecto a la proporcionalidad de la medida que impone el precepto impugnado, hace falta un examen particular de la sentencia a este respecto.

Sobre esta materia, el voto de mayoría, citando argumentos previamente desarrollados en la jurisprudencia del TC, descarta las objeciones de proporcionalidad arguyendo que la inhabilidad para contratar que impone el precepto impugnado (i) se trata de una exigencia de cumplimiento de la ley, (ii) aplica solo ante conductas especialmente graves, (iii) persigue fines lícitos, (iv) es temporal y no definitiva, y (v) la aplica un tribunal de justicia cuya decisión es reclamable (considerando 29°). Más adelante, el fallo indicia que no existiría una afectación desproporcionada de la garantía del artículo 19 N°21 de la CPR (libre iniciativa en materia económica), ya que el precepto impugnado no le impide al requirente seguir ejerciendo su actividad (considerando 34°).

##### a) Falta de claridad para identificar la especie de proporcionalidad aplicada

Analizando la línea argumentativa que desarrolla la sentencia para descartar las objeciones de proporcionalidad, vemos que ella incurre en algunas deficiencias.

En primer lugar, el fallo no expone con claridad cuál sentido exacto o esquema de proporcionalidad desea aplicar para analizar el precepto impugnado. Al respecto, sabemos que la proporcionalidad se manifiesta en nuestro ordenamiento constitucional principalmente de tres maneras: (i) en un sentido general, (ii) bajo el concepto de gradualidad y (iii) por medio del denominado test de proporcionalidad.

En su sentido general, la proporcionalidad constitucional exige que exista una relación de correspondencia entre dos cosas. En términos simples, la proporcionalidad se satisface cuando a mayor gravedad de la conducta, superior es la pena o el castigo que se impone. En palabras del Tribunal Constitucional, la proporcionalidad en este primer sentido opera como un estándar para la evaluación de las sanciones o penas en virtud del cual “la severidad de éstas debe

estar relacionada con la gravedad del delito y/o de la conducta delictiva”<sup>41</sup>. A la luz de la proporcionalidad en este sentido, resulta ilegítimo imponer sanciones excesivas frente a hechos menores o de escaso disvalor social.

Conectada también con la exigencia de proporcionalidad en un sentido general se encuentra la noción de gradualidad, a la que ya nos referimos más arriba por lo que no volveremos sobre ella.

Finalmente, la proporcionalidad también admite una segunda manifestación, operativizada bajo el denominado test de proporcionalidad. Este consiste en un estándar de constitucionalidad crecientemente empleado en Chile<sup>42</sup>, el cual exige que toda interferencia estatal con un derecho fundamental apruebe cada uno de cuatro sub-exámenes o principios<sup>43</sup>. En palabras de la doctrina autorizada, la medida deber ser:

“susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles –ley del mínimo intervencionismo-) y proporcional en sentido estricto, es decir ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficiosa o ventajosa para el interés general que perjudicial sobre otros valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades”<sup>44</sup>.

De este modo, y según ya adelantamos más arriba, la proporcionalidad exige que una medida como la que establece el precepto impugnado debe perseguir un fin legítimo, ser idónea o adecuada para tal efecto, además estrictamente necesaria en el sentido de que no exista un medio menos lesivo que pueda obtener igual finalidad. Finalmente, la medida debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, el beneficio esperado por la medida, en términos de la realización del fin legítimo, debe ser mayor al costo de la afectación del derecho fundamental interferido.

Dicho lo anterior, advertimos que el fallo no indica con claridad cuál es el estándar de proporcionalidad con el que examina la constitucionalidad de la aplicación del inciso primero del artículo 4° de la Ley N°19.886. Si bien más adelante diremos que existen algunos elementos del fallo que sugieren la

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 8298-2020, considerando 10°.

<sup>42</sup> COVARRUBIAS (2014), pp. 163-237. Véase también las sentencias del Tribunal Constitucional, roles N°2922-15 (considerandos 22°, 23° y 39°); 3329-17 (considerandos 59°-62°); 1710-10 (considerandos 142°-143°), 7641 (considerando 14°).

<sup>43</sup> GRIMM (2007), p.383; URBINA (2017).

<sup>44</sup> BARNES, (1994), p.500.

aplicación de algunos elementos del test de proporcionalidad (considerando 29°), ello nunca se aborda expresamente. Incluso hay pasajes en que pareciera aplicarse el criterio de proporcionalidad general (considerando 33°), pero que luego no se desarrolla adecuadamente.

Tal falta de claridad resulta problemática porque precisamente ambas aplicaciones de la proporcionalidad proveen, pese a sus naturales limitaciones, elementos analíticos que facilitan el examen de constitucionalidad de la ley. En el siguiente punto veremos cómo la omisión en identificar la especie precisa de proporcionalidad conlleva que el voto de mayoría falle, a juicio de estos autores, en un correcto análisis de la constitucionalidad de la aplicación del precepto.

#### b) Proporcionalidad general omitida y aplicación incompleta del test

El primer déficit de la sentencia respecto del análisis de proporcionalidad es la omisión de todo examen relativo a la proporcionalidad en sentido general. En efecto, el fallo no considera ni se refiere al que quizás es uno de los elementos más cuestionables del precepto impugnado, esto es, que impone igual sanción (inhabilidad para contratar con el Estado), sin considerar la entidad o gravedad de la infracción a los derechos laborales cometida por el empleador infractor. De este modo, se diluye la debida correspondencia que exige la proporcionalidad entre la gravedad de la conducta y la sanción aplicable.

Si bien el requirente no alegó una infracción a la proporcionalidad en sentido general (limitándose a denunciar la vulneración del test de proporcionalidad<sup>45</sup>), ella sí fue abordada por la disidencia. En efecto, el voto de minoría se refirió, al menos en forma implícita, a la infracción a la proporcionalidad en sentido general, al afirmar que “(...) En este caso basta haber sido objeto de una sentencia condenatoria en materia laboral por infracción a derechos fundamentales del trabajador o práctica antisindical, sin consideración alguna a su entidad para quedar excluido de inmediato, ipso facto –y sin que se pueda revisar, impugnar o siquiera ponderar la extensión- de la posibilidad de contratar con el Estado” (considerando 7°).

De este modo, y sobre todo tratándose de un giro en la jurisprudencia del Tribunal –sujeto a un alto estándar de justificación–, se habría esperado que el voto de mayoría ofreciera razones para descartar esta especie de lesión a la proporcionalidad en que incurriría la aplicación del inciso primero del artículo 4° de la Ley Chile-Compra.

---

<sup>45</sup> Requerimiento, p. 8 y ss.

En segundo lugar, respecto a la aplicación del test de proporcionalidad, advertimos que el fallo no lo aplica explícitamente, sino que solo se refiere a alguno de sus elementos aisladamente. Lo anterior supone un problema metodológico ya que el test de proporcionalidad exige la ponderación de todos sus elementos (o sub tests), en relación a la finalidad que persigue el precepto examinado, identificando con claridad los derechos fundamentales en juego. En lugar de ello, el voto de mayoría analiza fragmentariamente algunos elementos del test (como la proporcionalidad en sentido estricto o la finalidad de la medida), para luego descartar que la aplicación del precepto impugnado incurra en un vicio de proporcionalidad.

En efecto, la sentencia se refiere a las finalidades lícitas que persigue la inhabilidad del artículo 4° de la Ley Chile-Compra (i.e. incentivar la justa y sana competencia, protección a los derechos del trabajador) como elementos que permiten descartar su desproporción. Sin embargo, la sola licitud de los fines que persigue una ley nunca es garantía de proporcionalidad, pues se requiere analizar los medios empleados para obtenerla, a fin de averiguar si estos son idóneos y necesarios para su consecución. Dado que el fallo no analiza por menorizadamente estos elementos, se produce un análisis de proporcionalidad incompleto o deficiente. Esto último es especialmente crítico en el caso del requisito de necesidad de la medida<sup>46</sup>, ya que dada la severidad de la inhabilidad que impone el precepto impugnado, la principal objeción a descartar es precisamente la existencia de otros medios menos lesivos capaces de obtener igual finalidad constitucional (por ejemplo, inhabilidad graduada en función de la gravedad de la infracción, disminución del plazo de duración de la inhabilidad, otra consecuencia distinta como la asignación de menor de puntaje al oferentes infractor, entre otras). Al omitir este punto de análisis, la Sentencia evidencia un déficit argumentativo que riñe con el alto estándar de justificación que ella misma se impuso.

En seguida, el voto de mayoría analiza otros elementos para descartar la desproporcionalidad de la medida, los que son igualmente discutibles. Por una parte, afirma que la inhabilidad se trataría de una exigencia que se encuentra dentro del marco legal (“No se trata de requerimientos que excedan el marco legal (...”). Sin embargo, que la medida sometida al test de proporcionalidad se encuentre descrita en la ley en nada garantiza que ésta satisfaga sus exigencias. Por lo demás, cuesta trabajo entender la lógica de dicho argumento

---

<sup>46</sup> Estimados que el requisito de idoneidad presenta menos dificultades para ser acreditado, ya que puede afirmarse razonablemente que la inhabilidad opera como un medio susceptible o eficaz para obtener los fines que se propone la norma. En efecto, dado que la sanción supone un perjuicio económico grave para el infractor, es razonable suponer que la probabilidad de sufrir el castigo opera como un desincentivo para incurrir en las infracciones laborales sancionadas con la inhabilidad de contratación.

tratándose de un requerimiento de inaplicabilidad, en el que necesariamente lo que se somete al control del Tribunal es la constitucionalidad de la aplicación de un precepto legal. Si la propia ley ya es, en sí misma, garantía de sometimiento a la Constitución, entonces el control constitucional pierde sentido.

Adicionalmente, la sentencia analiza algunos elementos que podrían vincularse al requisito de proporcionalidad en sentido estricto, aunque ello no sea explicitado así en el fallo. En efecto, el voto de mayoría afirma que ciertos costos asociados a la inhabilidad que impone el precepto impugnado no serían lo suficientemente intensos o lesivos. En concreto, se refiere al carácter temporal y no definitivo de la inhabilidad. Con todo, la temporalidad de la medida no la hace necesariamente proporcional, ya que el plazo de 2 años sin contratar con el Estado puede ser letal para algunas compañías, por ejemplo, para aquellas cuyos bienes y servicios están especialmente dirigidos a entidades estatales, o éstas últimas son su principal cliente. Sobre este punto, el fallo no se detiene en ningún momento a analizar las características particulares del requirente a este respecto, ofreciendo un argumento que no dialoga con la naturaleza concreta de la acción de inaplicabilidad.

Por último, el voto de mayoría pretende descartar la desproporción de la inhabilidad que impone el precepto impugnado afirmando que la determinación del proveedor que ha incurrido en los ilícitos laborales no la realiza la Administración, sino que los juzgados de letras del trabajo competentes, pudiendo la requirente ejercer todos sus derechos en el proceso respectivo. Sin embargo, este parece ser un argumento orientado a descartar una vulneración al debido proceso más que un elemento para descartar la falta de proporcionalidad de la medida, para lo cual no es especialmente relevante la naturaleza del órgano que la impone. Además, la sanción de inhabilidad es el resultado automático de una sentencia que decide respecto de la verificación de infracciones laborales, cuya fuente es el precepto mismo y no el juicio o decisión de una autoridad o tribunal.

En síntesis, el fallo no expone un tratamiento prolijo de la proporcionalidad constitucional, evitando un análisis detenido tanto de la proporcionalidad general, como del test de proporcionalidad.

## 5. CONCLUSIONES

- a) La sentencia materializa un nuevo giro jurisprudencial del TC respecto a la constitucionalidad del artículo 4, inciso primero, de la Ley Chile-Compra. Sobre la base de la herramienta de la “contratación horizontal”, el Tribunal estima que la sanción de

inhabilidad para contratar con el Estado por el plazo de dos años opera como un medio constitucionalmente lícito y racional para perseguir otros fines valiosos, como el cumplimiento de la legislación laboral.

- b) Sin embargo, la sentencia omite algunos elementos problemáticos de la contratación horizontal, tales como: i) el pleno respeto a los derechos fundamentales de los involucrados, ii) la compatibilidad con la finalidad original del contrato, iii) el respeto a los principios de eficiencia y eficacia y iv) el cumplimiento irrestricto a los tres principios básicos de la contratación administrativa: libre concurrencia de oferentes, estricta sujeción a las bases e igualdad antes las bases.
- c) Tales problemas se manifiestan, en primer lugar, en el análisis que la sentencia hace sobre la igualdad constitucional. Por una parte, la sentencia expone una noción reduccionista de igualdad (entendida solo como igualdad de derechos), omitiendo su forma basal de igualdad aristotélica.
- d) Otro tanto ocurre con la aplicación del test de racionalidad, el que resulta confuso e inidóneo para analizar un problema de igualdad que se presenta como un caso de falta de diferenciación. Asimismo, la sentencia ofrece justificaciones erróneas para intentar fundar la racionalidad de la diferencia de trato que impone el precepto impugnado.
- e) Por último, la sentencia también incurre en un defectuoso e incompleto análisis de proporcionalidad. En efecto, el fallo no especifica con claridad cuál sentido exacto o esquema de proporcionalidad desea aplicar para analizar el precepto impugnado (proporcionalidad general, test de proporcionalidad, etc.).
- f) Luego, la sentencia omite un examen del precepto frente a la proporcionalidad en sentido general, al tiempo que aplica fragmentariamente solo algunos elementos del test de proporcionalidad. De este modo, el fallo no se hace cargo de las principales objeciones que tradicionalmente se han esgrimido en contra del precepto impugnado: la aplicación de igual sanción a infracciones de diversa gravedad y la falta de consideración de otros medios menos lesivos capaces de obtener igual finalidad.
- g) A partir de lo anterior, se sugieren algunas vías o medidas para resolver estos problemas hacia el futuro. Desde el punto de vista legislativo, podría estudiarse una modificación del precepto im-

pugnado consistente en introducir elementos de graduación que permitan distinguir entre infracciones de distinto grado. En cuanto a la labor del TC, se sugiere ponderar con mayor detención las características particulares del empleador y la gravedad de la conducta por la que ha sido sancionado. Tratándose de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una acción particularmente sensible a las circunstancias del caso concreto, el análisis detenido de éstas colaboraría con un examen de constitucionalidad más preciso y matizado.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, Sue (2019): “Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 21, pp. 223-261.
- BARNES, Javier (1994): Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario, en *Revista de Administración Pública*, N°135, 1994, pp. 495-538.
- BEZCHINSKY, Gabriel y LÓPEZ, Mariana (2012): “Compras públicas sustentables en América Latina y el Caribe”.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I* (Santiago, Ediciones UC).
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2012): “La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, *Revista chilena de derecho*, vol. 39, N°2, pp. 447-480.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio (2014) “¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, N° 1, pp. 163-237.
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2019) *Igualdad constitucional y no discriminación* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).
- DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2015): “¿Qué clase de igualdad reconoce el Tribunal Constitucional?”, *Ius et praxis*, vol. 21, N°2, p. 317-372.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*. (Santiago, Ediciones UC).

- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2019): “Inhabilidad para contratar con el Estado: comentario de los fallos del Tribunal Constitucional Rol N°3570 y Rol N°3702, de 2018”, pp.341-358.
- GIMENO FELIU, José María (2017): “Las condiciones sociales en la contratación pública- posibilidades y límites”, pp. 241-287.
- GRIMM, Dieter (2007): “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, en *The University of Toronto Law Journal*, vol. 57, N°2.
- MARTÍNEZ PLACENCIA, Victoria (2023): “Funciones de las categorías de discriminación en el Derecho Laboral chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50, N°2, pp. 1-31.
- MCCRUDDEN, Christopher (2007): *Buying social justice: Equality, government procurement, & legal change* (Oxford, Oxford University Press).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019): *Contratación Administrativa* (Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2ª edición).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2006): El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, pp. 799-831.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TORNOS MAS, Joaquín (2020): “Contratación pública y derechos humanos”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 24, pp. 11-41.
- UGALDE SILVA, Francisca (2022): “La legitimidad de las políticas horizontales en la legislación sobre contratación pública chilena”, *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, N°10.
- URBINA, Francisco (2017): *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Cambridge, cap. 1.

### **Normas y otros**

Ley N° 19.886 (30/07/2003), De bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

Ley 9/2017 (08/11/2017), De Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014.

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Concilio Vaticano II, “Constitución pastoral “Gaudium et Spes sobre la Iglesia en el mundo actual”.

### **Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Constitucional, 15.5.2012, Rol 1968-2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 04.7.2013, Rol 2133-2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 15.10.2015, Rol 2722-2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional 2.8.2022, Rol N°12.750-2022.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 24.1.2014, Rol N°3467-2013.

Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, 17.6.2021, Fulton v. Philadelphia.

Dictamen N° 55.801, de 2016.

Dictamen N° 11.413, de 2018

Dictamen N°66.157, de 2013.