

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



**“ANÁLISIS DE LA LEY 12.927, SOBRE SEGURIDAD DEL ESTADO A LA LUZ
DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD”**

DEBHORA MARÍA MALDONADO ACOSTA

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

PROFESOR PATROCINANTE: FELIPE PAREDES PAREDES.

VALDIVIA - CHILE

2013

Valdivia 08 de abril de 2013

En mi calidad de profesor director, vengo en informar la memoria de doña **Débhora María Maldonado Acosta**. La mencionada estudiante, durante el pasado año académico, elaboró un trabajo titulado: **"Análisis de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del estado a la Luz del Principio de Igualdad**.

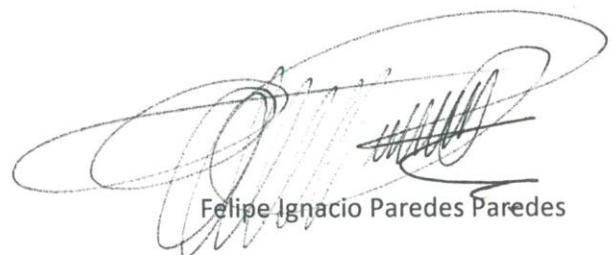
El trabajo dispone de una presentación adecuada, un apego riguroso a los requisitos formales y un correcto empleo de las reglas sobre citas bibliográficas. Además está escrito en un lenguaje claro y ameno, sin perjuicio de que en algunos pasajes, se podría haber pulido un poco más la redacción.

En cuanto al fondo, el trabajo se sostiene en argumentos suficientemente justificados, respaldados en un acervo bibliográfico completo y actualizado, que pasa revista a lo más importante de la literatura en lengua castellana en la materia. En este sentido, la propuesta es bastante original en el panorama de la literatura especializada sobre derechos fundamentales en nuestro país, centrándose en construir un marco teórico sobre la base del principio de igualdad, piedra angular del estado constitucional de derecho, para enjuiciar críticamente la mencionada Ley N° 12.927.

Lo anterior no resulta trivial. La citada ley ha sido profusamente criticada desde diversas perspectivas, pero hasta ahora poco se ha dicho desde la academia. El trabajo de la Srta. Maldonado, demuestra claramente que la normativa de marras, soslaya algunas de las exigencias básicas que emanan del principio de igualdad. En concreto, se pone énfasis en la interdicción de la arbitrariedad, que impone, tanto al legislador como a los órganos de persecución penal, la necesidad de justificar el tratamiento diferenciado en contra de quienes se invoca la norma en cuestión, en la medida que ésta contiene derecho penal de excepción, con penas agravadas y una restricción del régimen general de garantías procesales.

A juicio de la memorista, esto está lejos de cumplirse en el caso de la Ley N° 12.927, lo que lleva a plantear serias dudas sobre su constitucionalidad y hace necesario un debate en profundidad con el objeto de avanzar en la construcción de un estado de derecho vigoroso en nuestro país.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, soy de la opinión de calificar la tesis informada con nota seis coma cinco (6,5), salvo mejor parecer del Director de Instituto.



Felipe Ignacio Paredes Paredes

Director

Resumen.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la Ley sobre seguridad del Estado en relación con el principio de igualdad, como principio consagrado y protegido por la Constitución, de forma de determinar si esta Ley cumple legítimamente con criterios objetivos para afectar un principio, que a su vez es un derecho inherente a la persona.

Palabras Claves: Ley- Principio- Razonabilidad- Proporcionalidad.

Abstract

This paper aims to analyze the Security of State Law in relation to the equality principle, a principle enshrined and protected by the Constitution, as to determine whether this Law legitimately meets objective criteria to affect a principle which in turn is an inherent right of the individual.

Keywords: Law- principle- reasonableness- proportionality.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	4
Capítulo 1: La ley 12.927, sobre seguridad del Estado.....	5
1.1.- Antecedentes Históricos.....	5
1.2.- Análisis de la Ley 12.927.....	7
1.3.- Jurisprudencia chilena en la aplicación de la Ley 12.927.....	10
Capítulo 2: Principio de Igualdad, diversas nociones.....	14
2.1.- Principios de igualdad y sus diversas consideraciones.....	14
2.2.- Manifestaciones del Principio de Igualdad en la Constitución Política de la República de 1980.....	17
La distinción en la Constitución.....	17
-El derecho a la igualdad ante la ley.....	20
-El derecho a la igualdad en la ley.....	21
2.3.- Principio de igualdad en la jurisprudencia nacional.....	22
2.4.- Exigencias emanadas del principio de igualdad.....	23
2.5.- Criterios que complementan el principio de igualdad.....	24
Principio de Razonabilidad.....	24
Criterio de Proporcionalidad.....	25
- Criterio de Necesidad.....	25
- Criterio de Adecuación.....	25
Capítulo 3: La ley 12.927 frente a las críticas y el Principio de Igualdad.....	27
3.1.- Críticas a la Ley 12.927.....	27
3.2.- Principio de Igualdad y la Ley 12.927.....	29
Conclusión.....	31
Bibliografía.....	32

INTRODUCCION

Siempre que existen juicios controversiales la norma que es aplicada a los hechos determinados genera una cierta inquisición: sobre su ámbito de aplicación, los órganos legitimados para ejercer una acción penal, las conductas castigadas y la pena designada en el caso de concretarse el proceso, de esta manera la Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado convoca nuestra atención en virtud de ser un estatuto normativo de carácter especial que determina conductas punibles de forma general y abstracta y sanciones diversas a las definidas en otros estatutos de carácter general que sancionan las mismas conductas pero con una pena diversa. Es así que se genera una vulneración al principio de igualdad, al ser aplicada esta Ley de modo discrecional, afectando la seguridad por parte de los individuos de no ser objeto de arbitrariedad al no tener certeza de cuáles son las conductas incriminadas.

Hablar de un principio, como lo es la igualdad, protegido y reconocido constitucionalmente y en los tratados internacionales vigentes en Chile, nos lleva a preguntarnos si en cierta medida el principio puede ser vulnerado por una ley y si su perjuicio puede considerarse como excusa una justificación razonable y objetiva que haga legítima esa transgresión sin que motive al afectado a reclamar la inconstitucionalidad de la norma o su inaplicabilidad al caso concreto por ser contraria al principio de igualdad ante la ley o en la ley.

A continuación se intentará desarrollar ideas que nos lleven a determinar si la Ley que sugerimos se entiende como legítima, tanto en su formulación como en la aplicación por parte de los entes reconocidos para ejercer la acción penal, de forma que si ella afecta al principio de igualdad, esta vulneración se encuentre justificada y no genere un menoscabo mayor sobre el individuo, con el fin de proteger la Seguridad del Estado.

En el capítulo primero se describirá la Ley 12.927 con sus diversos desgloses para posteriormente hacer una selección de aquellos casos concretos en los que la Ley tuvo aplicación y que causaron mayor relevancia a nivel jurídico, social y político, para posteriormente mencionar las problemáticas que generaría esta norma.

Para el capítulo segundo se enunciará el principio de igualdad, en sus diversas nociones, así como el reconocimiento en nuestra carta fundamental para luego proponer algunos criterios que ayudaran a definir las razones por medio de las cuales se puede vulnerar el principio de igualdad.

Finalmente en el capítulo tercero se fijarán las críticas a la Ley y a su afectación al principio de igualdad.

Capítulo 1: La ley 12.927, sobre seguridad del Estado.

1.1.- Antecedentes Históricos.

Previo a la descripción y análisis de la Ley 12.927 es menester una referencia a sus antecedentes históricos.

En este sentido son variados los textos normativos que se pueden ser citados, alguno de los cuales se remontan al año 1930 cuando se crean en Chile cuerpos normativos destinados a regular materias de seguridad del Estado y de orden público. La primera de ellas es el Decreto con Fuerza de Ley (en adelante DFL) número 143 del año 1931 que estableció como delito la propagación de noticias tendenciosas o falsas por atentar contra la seguridad interior. El año siguiente se promulgó el 21 de junio el Decreto Ley (en adelante DL) número 50¹ que reguló en sus 14 artículos las obligaciones que tenía el gobierno con el fin de proteger el orden público y el bienestar y progreso de la República, sancionando conductas como desmanes, propagandas o acciones que tengan por objeto la destrucción o perturbación del orden social, luego la Ley 6.026 del año 1937, estableció la distinción entre los delitos contra la seguridad del Estado y los delitos contra el orden público, la cual sería recogida en la legislación posterior.

Luego en el año 1948 durante el gobierno del Presidente Gabriel González Videla se aprueba la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, publicada en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 1948. Esta ley surgió en el contexto de la Guerra Fría y el anticomunismo que imperaba en Estados Unidos, conflicto que fue traspasado a Chile declarando por medio de esta normativa la ilegalidad del Partido Comunista, así como restricciones a las libertades individuales, sindicales y de prensa lo cual genera una persecución contra ese partido, fundamentado en que ellos habrían creado un “complot contra el gobierno”.

Al asumir González Videla a la Presidencia conforma un gabinete integrado por radicales, liberales y comunistas, de acuerdo al compromiso de su campaña, lo llevó a que la coalición del gobierno fuera difícil de sobrellevar. A raíz de esto, pocos meses después se materializó en una agitación sindical y sucesivos paros. Como consecuencia de ello, el Presidente decide conformar un nuevo gabinete de administración formado principalmente por figuras ajenas a las políticas partidistas, denominado Concentración Nacional, lo que lo lleva a enfrentar una serie de protestas y huelgas sindicales. Para el 19 de abril de ese año el Presidente envía un mensaje al Congreso Nacional a través del cual se solicitó poderes para así controlar la agitación de ese momento, proyecto que en definitiva se convertiría en la denominada Ley de Defensa Permanente del Régimen Democrático.

¹ “Movimientos de carácter anarquista, terrorista, que han venido azotando al mundo y que amenazan con destruir las instituciones fundamentales de los Estados, en su organización y sus leyes, han producido una reacción en casi todos ellos, tendientes a evitar en lo posible y a reprimir y castigar en forma efectiva y ejemplar esos actos que son verdaderos crímenes; [...]”, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5701>, última visita 14 de agosto de 2012.

En menos de 24 horas miles de militantes del partido son eliminados de los registros electorales y destituidos de sus cargos, 2.000 personas fueron relegados a Pisagua; los Regidores, Alcaldes, Diputados y Senadores electos fueron inhabilitados y despojados de sus cargos, con similares sanciones a la administración pública, en las Municipalidades y la educación en la designación y contratación de sus empleados, además de la prohibición de toda organización, propaganda y asociación similar. Fue sancionada toda forma de reunión o acto que interrumpiera el normal desarrollo de las actividades de producción, limitando de esta forma el derecho de huelga.

Esta ley fue determinante para las elecciones presidenciales de 1952, en la cual todos los candidatos prometieron derogarla, no obstante ello no sucedió, y el vencedor, Carlos Ibáñez del Campo hizo uso de ella en reiteradas ocasiones durante su mandato. Para el año 1958 la Ley de Defensa de la Democracia fue derogada y posteriormente remplazada por la Ley 12.927. En el momento de ser derogada, el entonces Presidente, Carlos Ibáñez del Campo reconoció en su mensaje al Congreso que había aplicado esta ley de forma regular durante los primeros años de su mandato, mostrándose de acuerdo igualmente que la orientación de dicha ley era “eliminar de la vida cívica nacional al Partido Comunista”², argumentando que “la práctica ha demostrado su fracaso, aparte de que ha creado resentimientos del todo inconvenientes al negar a un grupo de ciudadanos el derecho, que es a la vez deber fundamental, de participar en la elección de los Poderes del Estado.”³

A lo largo de los años posteriores la Ley 12.927 fue objeto de numerosas modificaciones, que han desarrollado un texto legal de carácter especial, dado que puede afectar garantías constitucionales y el cual busca proteger la seguridad del Estado en su ámbito interior como exterior. A modo ejemplar entre las reformas propuestas se menciona a la Ley 17.798 de octubre del año 1972, que buscaba un control de las armas⁴, en referencia a los hechos ocurridos previamente en el país, lo que hacía necesaria una reforma a la Ley sobre seguridad del Estado para contrarrestar a los “verdaderos cuerpos armados que existen y actúan al margen de la Constitución y de la Ley”⁵.

Posteriormente este propósito se vio vulnerado durante el régimen militar con nuevas modificaciones a la Ley con el fin de ampliar las conductas de carácter punible y ver aumentadas las penas considerablemente, en especial para aquellos delitos que atentaran contra el orden público. La doctrina ha hecho mención de “el objetivo declarado de esta ley fue directamente vulnerado, al utilizársela como herramienta para proteger un sistema no democrático y sancionar precisamente a quienes pretendían que un sistema de tales características se estableciera”⁶. Luego en el periodo de “transición a la democracia”⁷, la

² González, F., “Hacia la derogación de las normas de desacato en Chile”, en Revista Cuadernos de Análisis Jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, p. 213.

³ *Ibíd.*

⁴ Moción presentada por el Senador Carmona que modifica la Ley 12.927 el cual argumentaba “cumplir con el deber elemental, al buscar, encontrar y proponer mecanismos legales adecuados para que hechos tan insólitos e infames como los ocurridos no vuelvan a repetirse, y ayudar así a restablecer las condiciones necesarias para garantizar y hacer posible ‘ese mínimo de convivencia nacional’ a que se ansía, en estos instantes, la inmensa mayoría de los chilenos”. Diario Oficial 21 octubre de 1972.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ob. Cit.* González, F., p. 205.

gran mayoría de los cambios introducidos en el periodo de régimen militar fueron suprimidos, tomando en consideración la influencia que adquirieron en el año 1991 las Leyes Cumplido que buscaba modificar diversos textos legales con la finalidad de garantizar en mejor forma los derechos de las personas⁸.

1.2.- Análisis de la Ley 12.927.

La ley 12.927, sobre seguridad del Estado publicada en el Diario Oficial el 6 de agosto de 1958, durante el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, tipifica aquellos delitos que atenten contra la soberanía nacional y la seguridad interior del Estado, conductas que afecten en el orden público y el normal desenvolvimiento de las actividades nacionales, esta norma fija la prevención de tales delitos, su jurisdicción y procedimiento, además de conceder facultades al Presidente de la República para que éste vele por la seguridad del Estado, mantenga el orden público, la paz social y la normalidad de las actividades nacionales.

En el título I se refiere a los ilícitos que atenten contra la soberanía nacional y la seguridad exterior del Estado, además de delitos que se encuentran en el Código Penal en su Título I del libro II sobre los crímenes y simples delitos contra la Seguridad exterior y soberanía del Estado y en Código de Justicia Militar en su Título II del libro III de la traición, del espionaje y los demás delitos contra la Soberanía y seguridad exterior del Estado. Se describe en 3 artículos aquellos delitos que se cometan contra la soberanía nacional, tales como, ofender gravemente el sentimiento patrio o el de la independencia política de la Nación, el artículo 2 particularmente determina la sanción que tendrán, ya sea, presidio, relegación o extrañamiento, además de la consideración de penas accesorias en conjunto con esta pena, que inhabiliten cargos o derechos políticos, y por último en el artículo 3 determina la situación de los extranjeros que sean objeto de una sentencia condenatoria, por los delitos previstos de este título, con la sanción de la expulsión del territorio nacional, con la excepción de aquellos que tengan cónyuge o hijos chilenos.

El título II, al igual que el título I, se remite igualmente al Código Penal y el Código de Justicia Militar, pero en referencia a los delitos que se cometan por cualquier medio o forma, que se alzaren contra el gobierno constituido o provocaré la guerra civil, describiendo especialmente algunas conductas como la incitación o inducción a la subversión del orden público o a la revuelta, resistencia o derrocamiento del gobierno constituido. Del mismo modo que el título precedente se fijan las sanciones que serán aplicadas para los casos descritos en el artículo 4, además de la consideración a los ilícitos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas y si el atentado es realizado en razón al cargo, así como aquellos que cometan el ilícito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública que lleven a decisiones a la autoridad que priven de libertad a una persona.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Ley n° 19.047, Leyes Cumplido, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30414>, última visita 23 de agosto de 2012.

En título III establece los delitos que atentan contra el orden público tales como desórdenes o cualquier acto de violencia que este destinado a alterar la tranquilidad pública, los que ultrajaren los símbolos patrios o el himno nacional, así como las conductas que afecten en funcionamiento de los servicios públicos o las actividades que tengan el carácter de utilidad pública de acuerdo a lo descrito en el artículo 6 letra c. En los artículos sucesivos se mencionan actos que afecten el libre acceso a puentes calles, caminos u otros bienes de uso público, así como los que hagan la apología o propaganda de doctrinas, sistemas o métodos que propugnen el crimen o la violencia en cualquiera de sus formas; todas conductas o acciones que afecten el orden público del país.

Esté capítulo fue objeto de numerosas reformas, siendo la derogación del artículo 6 letra b en el año 2001 de carácter controversial, dado que sancionaba como delito contra el orden público y la integridad del Estado la injuria, calumnia y difamación contra autoridades como el Presidente de la República, los ministros de Estado, los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el Contralor General y los jueces de la Corte Suprema. La finalidad era proteger a quienes ostentaban los principales cargos de la nación, considerando que afectar a estas autoridades era afectar el orden público, artículo que fue aplicado en variadas ocasiones lo que “hace imprescindible explicitar en la legislación de los tribunales deben calificar la razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias del caso y a la existencia o no de una genuina afectación del orden público”⁹, de acuerdo a la doctrina, siendo posteriormente derogado al igual que en las normas de esta índole en el Código Penal.

El título IV detalla las conductas que atenten la normalidad de las actividades nacionales, determinando en dos artículos la interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio que sean causados sin sujetarse a las leyes y alteren el orden público o generen perturbaciones en los servicios de utilidad pública, describiendo su pena. En el artículo siguiente desarrolla las sanciones en el caso de empresarios o patrones que declaren el lock-out o se comprometan en los delitos previamente mencionados. La afectación a la normalidad de las actividades nacionales también se ajusta al caso de que el país se encuentre en guerra externa y se tiendan a estos actos ilícitos.

El título V desarrolla las disposiciones generales, remitiéndose al Código Penal, en su libro I en todo aquello que no esté previsto en esta normativa e igualmente a la Ley sobre las Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo, en su artículo 39, si los delitos son cometidos a través de un medio de comunicación social.

Además describe aquellos ilícitos aludidos en esta ley, que se comentan durante la sublevación o alzamiento contra el gobierno constituido, como la proposición y la conspiración. También se determina la complicidad en los casos de funcionarios o empleados públicos del orden militar, de Carabineros, Gendarmería o Policías y de todo

⁹ Ob. Cit. González, F., p. 210.

individuo que estando obligado a denunciar los delitos previstos en esta ley, no lo haga, y los casos de legítima defensa.

El título VI determina la jurisdicción y el procedimiento, el cual describe que los hechos que constituyen delito y son sancionados por esta ley en los títulos I, II y VI, el párrafo primero del libro II del Código Penal y en el título IV del libro III del Código de Justicia Militar solo podrán ser denunciadas o querelladas a iniciativa del Ministerio del Interior, el Intendente Regional respectivo o de la autoridad o persona afectada, rigiéndose el querellante o denunciante por las normas del Código Procesal Penal. Si la autoridad afectada pertenece a alguna de las ramas del Congreso Nacional o la Corte Suprema, solo podrá querellarse o denunciar el Presidente de la respectiva Corporación, entre otras menciones. La tramitación de estos procesos se ajustará a las normas del Código Procesal Penal, considerando las modificaciones expresas que se describen en el artículo 27 de ese código.

El título VII en relación a la prevención de los delitos contemplados en esta ley, en caso de guerra, de ataque exterior o de invasión, para declarar estado de emergencia, también en caso de calamidad pública, determinando las facultades que le corresponden al Jefe Militar, sin perjuicio de otras leyes, especialmente las de orden militar. Posteriormente en el título VIII describe las facultades ordinarias del Presidente de la República para velar por la seguridad del Estado, el mantenimiento del orden público y de la paz social y por la normalidad de las actividades nacionales, en los casos de conmoción interior o de paralización ilegal.

Por último, se desarrolla un título final describiendo la derogación de ciertas normas y cuales continuarán en vigor, además de una autorización al Presidente de la República para dictar el texto definitivo y un artículo transitorio.

A primera vista, pareciera ser que la sola descripción de la Ley no presenta ningún problemática, pero en el momento de su aplicación concreta, “esta Ley produce una serie de distorsiones para la salvaguarda de un Estado de Derecho en tiempos de normalidad constitucional. Sin ánimo de exhaustividad tales distorsiones se refieren a los siguientes aspectos:

- La ley contempla un sinnúmero de tipos penales vagos y abiertos.
- Se aprecia un uso desmedido de presunciones de responsabilidad penal.
- Existe discrepancias en la regulación del iter criminis al compararlo con la regulación que de él hacen las normas generales.
- Existen penas desmedidas en comparación con las establecidas por las normas generales.
- La titularidad de la acción penal rompe las normas generales en la materia.
- Existen problemas de calificación de la prueba.

- La regulación del desistimiento pasa a llevar las normas generales y transforma a este cuerpo legal en un instrumento del cual se puede hacer un uso discrecional por ciertas autoridades.
- En general, las normas de tramitación implican una serie de restricciones indebidas al derecho a la defensa, en especial, pero no exclusivamente, cuando ellas se remiten al Código de Justicia Militar como cuerpo legal subsidiario.

A ello cabe añadir que los conceptos mismos de seguridad del estado y de orden público que maneja la Ley 12.927 no se asumen desde la óptica de un Estado de Derecho, vulnerándose las garantías de un debido proceso”¹⁰.

Identificamos en primera instancia una ley penal en blanco o leyes incompletas, de forma que la ley puede ser interpretada en uno u otro sentido, cayendo en la vaguedad de la norma, la falta de precisión produce un menoscabo en la seguridad por parte de las personas de no ser objetos de arbitrariedad dado que no existe certeza acerca de cuáles son las conductas penalmente incriminadas, o la extensión de tales conductas.

Problemática que nos da cuenta además que solo algunas autoridades tienen competencia para aplicarla discrecionalmente, y que las penas determinadas por ella son mayores a las penas estimadas por las normas generales que sancionan las mismas conductas, las diferencias se muestran notoriamente, surgiendo la idea de arbitrariedades al tiempo de emplear la ley, así lo identifica la doctrina ya que “en nuestra legislación diversas disposiciones legales han tipificado figuras delictuales, cuyo bien jurídico protegido lo constituye en última instancia la Seguridad Nacional. Tal función que le está asignada a la Ley n° 12.927 sobre Seguridad del Estado; a las normas de los Títulos I y II del Libro II del Código Penal; a las disposiciones del Título IV Libro III del Código de Justicia Militar”¹¹.

Críticas que serán objeto de nuestro trabajo y nos llevarán a investigar si esta ley afecta al principio de igualdad, tanto al ser descrita por el legislador, como al momento de ser aplicada por el juzgador.

1.3.- Jurisprudencia chilena en la aplicación de la Ley 12.927.

Comenzaremos históricamente con los casos que fueron sancionados con el derogado artículo 6 letra b de la Ley que sólo durante los años 90’ condeno a más de una treintena de personas, entre periodistas y figuras políticas que fueron procesados, acusados y castigados por la infracción a esta disposición.

En virtud de la gran cantidad de casos a los cuales se les aplicó esta normativa solo haremos mención a los más controversiales. En primer lugar la querrela interpuesta en 1996 por la Cámara de Diputados y el Senado, en contra de Francisco Javier Cuadra, un ex – ministro del gobierno de Pinochet, quien sostuvo públicamente que algunos de los

¹⁰ González, F., “Leyes de desacato y Libertad de expresión”, en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/leyes-de-desacato.pdf>, última visita 17 de octubre de 2012.

¹¹ Jiménez, F., “La seguridad nacional ante la nueva constitución política del Estado”, en Revista Chilena de Derecho, IX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Volumen 6, 1979, p. 224.

parlamentarios y otros órganos con funciones públicas consumían drogas, manifestando su preocupación por la dificultad al momento de consolidar la democracia en Chile por no poder asumir la clase política adecuadamente sus responsabilidades. Cuadra fue condenado, posteriormente la Corte de Apelaciones de Santiago lo absolvió, en virtud que sus dichos no eran idóneos para alterar el orden público. Posteriormente la Corte Suprema retomó la condena determinando que se infería que Cuadra había cometido el delito contra el orden público.

El diputado y posteriormente senador José Antonio Viera – Gallo, fue objeto de una querrela por señalar en un programa de televisión, en el debate sobre temas de corrupción, el entonces general Pinochet interpreto sus dichos como una acusación de corrupción en su contra, caso que posteriormente se dio por cerrado al momento que Viera – Gallo explicara sus declaraciones.

Otro caso presentado por el mismo general Pinochet, que posteriormente fue desistido cuando el gobierno intercedió para tales efectos, fue contra la secretaria general del Partido Comunista, Gladys Marín, por señalar en un discurso que el homenaje entregado a las personas desaparecidas, que el principal responsable del terrorismo en el Estado era Pinochet.

Otra querrela en el mismo sentido recayó sobre Arturo Barrios, que en ese entonces era presidente de la Juventud del Partido comunista, al declarar que Pinochet era un “asesino”, en el contexto de la conmemoración de víctimas de la dictadura el 11 de septiembre de 1994. Él fue condenado por alterar el orden público con una pena remitida de 541 días de presidio y la pérdida de sus derechos civiles.

Contra Nolberto Díaz también fue presentada una querrela, el cual era en ese momento presidente de la Juventud del Partido Demócrata Cristiano, caso que fue sobreseído. Él en un programa radial manifestó, a propósito del reclutamiento militar obligatorio, que el general Pinochet era un ex – dictador, y que él pensaba que existían vínculos entre los oficiales militares chilenos y la muerte de un ex – agente de inteligencia ocurrida en Uruguay.

No es necesario mencionar que la aplicación de la Ley 12.927 a los casos mencionados era un contexto de la época donde la participación ciudadana se veía limitada, por lo que las querrelas presentadas por la autoridad afectada apuntan en un mismo sentido, la afectación al orden público por acusaciones a los órganos que dirigían el país.

Posteriormente para el año 1999, el ministro de la Corte Suprema, Servando Jordán, se querreló contra la periodista Alejandra Matus, por la publicación de “El Libro negro de la justicia chilena”, confiscándolo el día previo a su lanzamiento. Libro que revisa la trayectoria del sistema judicial. A razón de esta querrela, la periodista se asilo en los Estados Unidos y solo regreso a Chile una vez que la Corte de Apelaciones de Santiago acogiera un recurso de amparo en su favor y retirara la orden de detención en su contra. El proceso fue finalmente sobreseído en virtud de la derogación del artículo por el cual fue

procesada. Sin embargo, el mismo ministro Jordán la acusó paralelamente por desacato, pero de acuerdo al Código Penal, por infracción a la Ley de Abusos de Publicidad y por cohecho, procesos que fueron igualmente sobreseídos por que el juez no tenía facultades para investigar causas distintas a las que no tuvieran relación con la infracción al artículo 6 letra b de la Ley 12.927, por lo que no se configuraría el delito. También se llevaron a cabo una serie de iniciativas a nivel internacional, frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cual acogió el pedido de medidas cautelares para que se levantara la prohibición de publicidad del libro¹².

“A este respecto, el caso del “Libro Negro de la Justicia Chilena” llevó al paroxismo algunas de las caracterizaciones precedentes y fue el desencadenante para la derogación de la norma de desacato que contenía la Ley de Seguridad del Estado. En efecto, la transición chilena ha incluido una revisión significativa del quehacer judicial. Los jueces se han visto expuestos al escrutinio y crítica pública como nunca antes en nuestro país. Más aún: se trata de una crítica generalizada, que proviene desde todos los sectores, a diferencia de lo que ocurriría en la época de la Unidad Popular o en la del régimen militar. Esta revisión ha conducido a llevar adelante importantes procesos de reforma judicial a pesar de la opinión contraria de muchos jueces y, con no poca frecuencia, de los que ocupan las más altas magistraturas”¹³, el mismo autor menciona que “se produjo un deterioro aún mayor en la judicatura durante el régimen militar, al descuidarse la protección de los derechos fundamentales y al privilegiarse la incondicionalidad como factor para ascender en la carrera judicial”¹⁴.

Para el año 2001 es el senador de la República, Francisco Javier Errázuriz quien se querrela contra el director del Diario Metropolitano, Enrique Alvarado, además contra el editor de negocios, la reportera gráfica, el presidente y algunos integrantes del consejo editorial, en razón a artículos publicados por este medio que dieron a conocer una investigación realizada por el Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, en el marco de establecer responsabilidades por la falsificación de escrituras públicas, por la difamación del proceso judicial que aún no se daba por concluido. En razón a la derogación del artículo 6 letra b, se desestimó la querrela, pero el mismo senador presento una nueva querrela, pero esta vez amparada en el Código Penal por el delito de injurias y calumnias, a lo cual se intentó un avenimiento, lo que no tuvo lugar.

Todos los casos mencionados apuntan a la infracción del artículo 6 letra b actualmente derogado y que produjo el sobreseimiento de varios de los casos en virtud de la derogación.

Para el año 2002, el intendente metropolitano, Marcelo Trivelli se querello contra los dirigentes del gremio de microbuses que convocaron a una huelga, en virtud del artículo

¹² Informe n°90/05, Caso 12.142, en http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Chile12142.sp.htm#_ftnref19, última visita 14 de septiembre de 2012.

¹³ Ob. Cit. González, F., p. 217.

¹⁴ *Ibíd.*

6 letra c y d¹⁵, además de una querrela criminal contra los choferes que fueron detenidos en virtud del artículo 269 del Código Penal.

En el año 2008 se invocó el artículo 6 letra c en contra del procurador de asesorías jurídicas, Hugo Yávar Collantes, que realizó un falso anuncio de bomba en el Centro de Justicia de Santiago, al interrumpir el funcionamiento del edificio público.

Posteriormente fue el ex subsecretario, Patricio Rosende, quien se querelló contra gendarmería, luego de que acordarán una paralización de actividades, en consideración al artículo 11¹⁶ de la Ley. En el mismo año, el ministro del interior se querello contra encapuchados que bloquearon la Ruta 5 Sur, en base a la misma infracción normativa y en septiembre el Gobernador de Cautín demandó contra quienes resulten responsables, a quienes causaron ataques incendiarios registrados en Angol y Collipulli.

Para el año 2012, el ministro del interior, Rodrigo Hinzpeter, invocó la ley por las protestas en la región de Magallanes, luego que bloquearon de las rutas terrestres, en relación al artículo 6 letra c y d, en contra de acusados por provocar desórdenes públicos y actos de violencia. Igualmente se presentó una querrela contra manifestantes por el incendio a un microbús del Transantiago, en la comuna de Ñuñoa, en el contexto de un paro nacional.

En el presente trabajo no haremos mención a los hechos ocurridos en el contexto del conflicto mapuche, esto por su relación directa con la Ley antiterrorista, dada la amplitud de la controversia.

¹⁵ Artículo 6: “Cometen delito contra el orden público: [...] c) Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y de los que, en la misma forma impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos; d) Los que inciten, promuevan o fomenten o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen o impidan el libre acceso a puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes; [...]”

¹⁶ Artículo 11: “Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos, o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzca alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito [...]”.

Capítulo 2: Principio de Igualdad, diversas nociones.

2.1.- Principio de igualdad y sus diversas consideraciones.

Los principios jurídicos son aquellos preceptos que proporcionan los puntos de partida en los razonamientos jurídicos a partir de los cuales se buscan reglas o pautas para la decisión de controversias de carácter jurídico. Los principios surgen en el momento que es imposible proveer un remedio a un caso concreto, ellos permiten la interpretación y aplicación de reglas, diferenciando los casos y estableciendo proposiciones generales más allá de las diferencias. Son obra de los juristas, surgen con la llegada de la literatura y la especulación jurídica, teniendo como base a las máximas de la experiencia como forma históricamente temprana de los principios. El principio de igualdad o de no discriminación es uno de los principios utilizados con mayor frecuencia en el derecho comparado, la cual a pesar de ser una regla recurrente no está contemplada en su totalidad en las diversas fuentes del derecho de manera única y unificada, en este sentido Fernando Atria plantea la idea de igualdad, como un principio jurídico, más como una consecuencia de los abusos que se han cometido a través de las reglas jurídicas, que luego fue incorporado a un sistema coherente de principios morales¹⁷. “En el ámbito interno de los estados, una primera dimensión de la igualdad ante la ley tiene sus antecedentes en la declaración de independencia de los Estados Unidos de 1776 y en la revolución francesa de 1789, siendo asumida luego por el constitucionalismo clásico y el contemporáneo, por el cual se reconoce la igual naturaleza y atributos esenciales a todos los seres humanos”¹⁸.

El reconocimiento internacional del principio de igualdad queda manifestado en la regulación de los diversos ordenamientos constitucionales o legales de los estados, a modo ejemplar, en este sentido el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. A su vez el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos: *“...todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a la igual protección de la ley.”*

En el Estado Constitucional de Derecho el concepto en discusión sigue siendo complejo. “La idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia, su importancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas

¹⁷ Cfr. Atria, Fernando, Los Peligros de la Constitución, la idea de igualdad en la jurisdicción nacional, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997, p. 25.

¹⁸ Nogueira, H., “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en Revista Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2006, p. 802.

importantes”¹⁹. Es un concepto ligado a la justicia, las ideas de igualdad o desigualdad no se fija solo por hechos, sino más por el resultado de la estructura normativa de la sociedad, es en este sentido que hablaremos de un concepto desde la perspectiva de una igualdad de trato “la igualdad justa consistirá en *tratar* igual a los iguales y desigual a los desiguales”²⁰, como fundamento de nuestro trabajo.

La primera forma de entender el concepto de igualdad es haciendo referencia al significado lingüístico, considerando como fuente al Diccionario de la Real Academia es descrito en tres sentidos: en “conformidad de algo con otra cosa de la misma naturaleza, forma, calidad o cantidad”, como “correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo” y en “equivalencia de dos cantidad o expresiones”, este último como un término matemático.

La consideración más básica que aborda el principio es la igual dignidad de todas las personas, la cual es independiente de su edad o su capacidad intelectual, predicada como un valor espiritual y moral que le es inherente a cada persona, que es manifestado en la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, llevando la exigencia de respeto por parte de los demás y la convicción de que las personas son siempre sujetos y no un mero instrumento o un medio para el desarrollo de otros fines. Es así como Liborio Hierro plantea que la igualdad entre las personas es “un valor moral, una idea social, un principio político y, además, un derecho de las personas”²¹, dejando a la vista las consideraciones generales que se entienden en relación al principio de igualdad.

Para el ámbito que nos convoca el término igualdad normalmente debe ser interpretado en un sentido normativo más que descriptivo, es decir, cuando se hace mención a personas iguales ante la ley, se dice que la ley debería tener un trato igual para ellas porque de otra forma se iría en contra del principio, además no hay dos personas completamente iguales. Desde esta perspectiva el significado es indeterminado y requiere de una cierta interpretación al momento de juzgar si ciertos hechos lesionan o no el principio, pasando a ser una relación que se da entre las personas o las situaciones, en cierta forma un punto de comparación que al mismo tiempo toma en consideración la diversidad, las diferencias que surgen al momento de comparar es lo que da la posibilidad de un juicio de igualdad, entendiendo el concepto de principio de igualdad como algo de carácter relacional y abierto, en cual dispone del ordenamiento jurídico concreto al momento de realizar el paralelo para resolver dudas tales como: ¿cuándo está permitido tratar de forma distinta a dos personas?, o ¿cuáles son las diferencias relevantes para producir un trato diferente entre ellas?. Existen diversos criterios para poder determinar cuándo las diferencias han de ser relevantes a efectos de producir un trato jurídico diferente hacia dos personas.

¹⁹ Laporta, F., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en Revista *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985, p. 3.

²⁰ Barrere, M., “Igualdad y ‘discriminación positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, Universidad del País Vasco, EHU, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>, última visita 11 de diciembre de 2012.

²¹ Hierro, L., “Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley”, Universidad Autónoma de Madrid, última sesión del IX Seminario hispano- Italiano de Teoría del Derecho, 2003, p. 449.

En el terreno político el término igualdad propiamente tal no es unívoco ni simple, restringiendo el concepto este no significa tener una misma cantidad o las mismas características, propiedad, función o derechos determinados. Hay que tener presente ciertos caracteres del concepto de igualdad, en primer lugar puede ser entendido como autonomía, en cuanto a la posibilidad de elección y decisiones independientes que llevan aparejado la idea de autodesignación, en segundo lugar puede ser entendido en relación a la autoridad, la capacidad de ejercicio de poder, para una tercera consideración habla de la igualdad como una capacidad de ser oído, de tener una voz que pueda ser escuchada con una cierta credibilidad y en cuarto lugar dice concordancia con la equivalencia en cuanto a tener el mismo valor; todas características de igualdad con una base en la reciprocidad y el mutuo reconocimiento, Ronald Dworkin distingue entre una “igualdad económica” y una “igualdad política” en relación con los caracteres aludidos. Se busca justificar la igualdad como un valor a proteger y una forma de elegir entre los distintos tipos de igualdad que existen en la realidad.

La piedra angular del constitucionalismo²² es la igualdad, además de ser uno de los derechos reconocidos por la constitución de mayor extensión. La precisión del concepto no es nada sencilla, dado que el objeto de determinar a quienes se va a tratar iguales y con respecto a quienes o su ámbito de aplicación, como establecer que será distribuido igualmente no tiene una guía a la cual circunscribirse para ser construido un término que se aleje de lo abstracto o impreciso, que caiga en el vacío. Es en este contexto que la igualdad pasa a ser más que un trato de igual a los iguales, una prohibición contra ciertas desigualdades. Michel Rosenfeld hace mención a la lucha por la igualdad, la cual “está fundamentada históricamente en el rechazo de los privilegios de nacimiento y <status> característico de las sociedad jerárquicas feudales”²³. En relación con esta lucha es que se describen diversas formas de entender la igualdad, una primera aproximación nos lleva a la tratar legítimamente de forma diferente a aquellos que son diferentes, en virtud de una posición jerárquica, para luego determinar una igualdad de forma, en cuanto a que todas las personas tienen derecho a ser tratadas de forma igual y por último un reconocimiento de una igualdad en proporción a las necesidades de cada persona. De esta forma, en el constitucionalismo planteado en palabras de Rosenfeld las leyes se clasifican y delimitan de forma que están destinadas a un trato desigual.

El objetivo de consagrar la igualdad como un derecho fundamental es preservar ciertos valores o bienes morales que se consideran innatos, inalienables y universales, como lo son la vida o la libertad, siendo los titulares de tales derechos los sujetos abstractos y racionales, el hombre como ser autónomo e independiente que es portador de derechos naturales, de forma de lograr una garantía necesaria para preservar la propia vida y propiedad y ejercer la libertad, ya sea, en un ámbito público o privado, asegurando una inmunidad frente a otros individuos y no ver amenazados sus derechos. Nogueira

²² Cfr. Rosenfeld, M., “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, en *Revista Derechos y Libertades, Instituto Bartolomé de las Casas*, (2003), p. 415.

²³ Cfr. *Ibíd.*

manifiesta la caracterización de la igualdad como derecho fundamental en cuanto “reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad, que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten jurídicamente relevantes, con el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación”²⁴.

Robert Alexy hace reseña a la distinción entre un derecho de igualdad general y los derechos especiales de igualdad²⁵, lo que provoca que el mandato de igualdad se vuelva complicado al momento de su aplicación, ya sea un precepto que en su aplicación en el derecho puede vincularse a órganos que utilizan en ese derecho, pero sin considerar al legislador, o una disposición en la formulación del derecho, vinculando al legislador en el principio de igualdad. El mismo autor plantea en relación a la estructura del mandato de igualdad la idea de que no se puede hablar de un trato exactamente igual, de la misma manera y tampoco todos pueden ser iguales en todos los derechos.

Nuestra propia Constitución describe diversos tipos de igualdad al momento de crear normativamente, aplicar o fallar por parte de los órganos jurisdiccionales, a los cuales haremos mención a continuación.

2.2.- Manifestaciones del Principio de Igualdad en la Constitución Política de la República de 1980.

El principio de igualdad reconocido en la Constitución puede ser abordado como un principio propiamente tal y como un derecho fundamental, consenso que la doctrina ha descrito innumerables veces, por ejemplo Atria comienza con la distinción en dos perspectivas, considerado como una igualdad relativa y una igualdad absoluta. La primera mención dice relación con un trato igual a quienes se encuentran en situaciones de hechos similares y en oposición a esta idea se describe una igualdad absoluta donde todos deben ser tratados de forma igual. Desde un matiz de derecho fundamental el artículo 19 se mencionan dos tipos de igualdad; igualdad ante la ley e igualdad en la ley.

La distinción en la Constitución.

A lo largo de los distintos textos constitucionales, la igualdad ha sido tratada de diversas formas, a modo meramente ejemplar en la Constitución del año 1925 se buscaba que la ley fuera idéntica para todos quienes habitaban la República, con una idea de igualdad absoluta. El texto constitucional describe en su artículo 9 como garantía constitucional que “asegura a todos los ciudadanos el libre ejercicio en los derechos políticos, dentro del sistema democrático y republicano”.

La vigente Constitución de 1980 (en adelante CPR) declara en su artículo 1: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, lo que constituye una manifestación de un componente axiológico del orden constitucional que vincula a todo el

²⁴ Ob. Cit. Nogueira, H., “El derecho a la igualdad ante la ley...”, p. 802.

²⁵ Cfr. Alexy, R., Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 381.

ordenamiento jurídico de modo general; en su inciso 4 describe: "... que permitan a todos y a cada uno..." se consagra en una primera impresión a la igualdad ante la ley, cada vez que se determina un sujeto imperativo a través de la fórmula "todos", lo que también es reconocido en el Código Civil, en su artículo 14 ²⁶ en los efectos de la ley en el territorio. Y nuevamente se menciona en el inciso 5: "...participar con igualdad de oportunidades..."

El artículo 6 de la CPR reza en su inciso 2: "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a particulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo", relacionado a lo descrito por el artículo 1, por su parte el artículo 15 describe: "...el sufragio será personal, igualitario y secreto", nuevamente el artículo 18 dice: "...garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos...", para llegar al reconocimiento más importante en el artículo 19: "La Constitución asegura a todas las personas", en su capítulo de derechos y garantías constitucionales, es así como la infracción de cualquier derecho constitucional descrito implica una infracción al principio de igualdad.

Comenzado por la premisa de la CPR el artículo 1 declara la igualdad de los hombres en dignidad y derechos, además de la libertad, coincide con las Declaraciones de Derechos de 1948 que utiliza los mismos términos, donde el ordenamiento jurídico asume la exigencia de los tratados internacionales de reconocer el principio en el texto constitucional al eliminar las discriminaciones basadas en aspectos subjetivos de las personas, manifestándose en la reforma constitucional de 1999 que introduce: "hombres y mujeres son iguales ante la ley", lo que llevo igualmente a sustituir la palabra "hombres" por "personas" en el artículo 1 inciso 1 de la CPR. Es por esto que toda diferencia que se base en cualquier dimensión subjetiva produce dudas sobre la constitucionalidad, lo que será sometido a la jurisdicción constitucional de acuerdo a la respectiva competencia.

El alcance del principio de igualdad se condice con las ideas de que el ordenamiento jurídico estaría constituido por el respeto en el trato igualitario. En cuanto a los derechos se hace necesario determinar qué derechos se entienden como iguales, dado que el modelo constitucional propone que haya un mismo tratamiento jurídico a quienes se encuentran en una misma situación, en una situación objetivamente similar, lo que llevaría a la aplicación de los mismos derechos. La gran cantidad de declaraciones de derechos y pactos de carácter internacional ha llevado a que los ordenamientos constitucionales de cada Estado protejan no solo los derechos en un rango nacional, sino también en un rango supranacional, asegurando que el consenso entre los Estados por medio de los acuerdos internacionales sea legítimos y pueden ser reconocidos a todo ser humano, de esta forma, la igualdad, de solo ser una garantía constitucional, pasa a ser un derecho o una libertad que estaría por sobre la propia CPR.

El hecho de considerar un principio supranacional nos lleva a la problemática de determinar los límites o el margen para hacer uso de esta directriz, de forma que pasamos a

²⁶ Artículo 14 del Código Civil: La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso de los extranjeros.

un terreno difuso, donde la discriminación o la diferenciación arbitraria pasan a ser difíciles de definir, llegando a una imprecisión jurídica que hace complicada la aplicación de la igualdad ante la ley. Es efectivo que ciertos tipos de discriminaciones son consideradas inconstitucionales, como por ejemplo las diferencias de tipo raciales, no es difícil acordarlo así, pero al momento de establecer que tratos son o no objeto de discriminación se vuelve confuso determinarlo, por lo que se apoya en la justificación del ejercicio del derecho en sí mismo, la cual es la libertad como fundamento de la acción humana, de esta forma pasa a ser una exigencia sobre el criterio de igualdad, de manera que haya una sociedad respetuosa de los derechos de las personas, no ser objeto de discriminaciones, ni la imposición de exigencias para el ejercicio de derechos y libertades en estatutos jurídicos desvinculados del que rigen el Estado.

Considerar la igualdad, en su dimensión de igualdad ante la ley y en la ley, siendo un derecho subjetivo, ya que otorga a toda persona la facultad o la propiedad de no ser objeto de discriminaciones, es decir, un trato que tengo su base en diferencias arbitrarias. De modo ejemplar, la misma Convención Americana contiene un catálogo de criterios específicos en razón a los cuales está prohibido discriminar, en su artículo 1 numeral primero²⁷, como punto de partida para analizar si una situación concreta constituye una forma de discriminación.

La doctrina, por parte de algunos autos ha diferenciado entre “discriminación” y la “diferenciación arbitraria”; la discriminación se daría como un ataque o una conducta que es diferente pero sin fundamentación, lo cual sería contraria a la dignidad humana, y las causas de esta discriminación son independientes de la voluntad de la persona. La discriminación es una diferenciación arbitraria, ya sea por un tratamiento desigual sin una causa justificada de carácter objetivo y razonable, como un tratamiento igual a personas con situaciones jurídicas diferentes, que obligan a ser tratado de manera diferenciada.

“El *principio de no discriminación* puede formularse de la siguiente forma: “*a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona puede ser preferida a otra*”²⁸.

Bajo este contextos la igualdad se conforma como una relación de justicia, de evitar toda arbitrariedad o toda diferenciación que no sea en razón a una justificación racional y razonable, es así como llegamos al mandato de la igualdad ante la ley donde las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, produciendo una autorización al legislador para establecer normas que se rigen en diversas hipótesis jurídicas.

²⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1 número 1: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

²⁸ Rabossi, E., “Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación”, en Revista Centro de Estudios Constitucionales, n° 7, España, 1990, p. 179.

Con la idea de no discriminar surgen las medidas de discriminaciones positivas, discriminación inversa o la igualdad de oportunidades²⁹ en cuanto a evitar los obstáculos que no permitan el desarrollo de la igualdad de las oportunidades o una igualdad sustancial, esta medida significaría perseverar en una diferenciación arbitraria, al otorgarle al individuo una situación superior al momento de asegurarle un cargo o una cuota, en virtud de las condiciones sociales, lo cual atenta directamente contra la igualdad ante la ley, a pesar que puede encontrar su justificación en las bases de la institucionalidad de nuestra CPR declarada en el artículo 1 inciso 3³⁰ que fundamentaría una igualdad sustancial con la finalidad de lograr que se iguallen las oportunidades en forma real, presentándose una problemática entre la jurisdicción y la jurisprudencia constitucional, ya que “se manifiesta una tensión entre la política y el derecho y es un dicho límite donde frecuentemente se establecen las acusaciones de activismo judicial o de abdicación del juez ante la arbitrariedad del legislador. Es aquí también donde el juez debe adoptar una actitud y prudencia propia de quién carece de un poder de impulsión jurídico y en algunos casos poner en acción su autolimitación”³¹, lo cual debe ser apoyado por la interpretación de las normas constitucionales, para alcanzar niveles de equidad o evitar situaciones injustas a los grupos sociales que han sido discriminados negativamente, de manera de conformar razones que justifiquen la discriminación.

Al momento de aplicar la ley, el principio de igualdad ante la ley es un mandato que obliga a que ésta sea aplicada de forma igualitaria a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que puedan ser objeto de diferencias con motivo de su persona o por circunstancias que no sean las que la misma normativa presenta, en el caso de presentarse diferencias en el tratamiento de personas o grupo de personas estas deben estar justificadas de forma racional, de lo contrario se estaría frente a una inconstitucionalidad. En nuestro ordenamiento esto es asegurado de forma clara en el artículo 19 número 2 inciso segundo, al asegurar a todas las personas que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

El derecho a la igualdad ante la ley.

El primero determinado es en referencia a la igualdad de trato como mandato al aplicador de la ley, en el artículo 19 número 2: “*La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

La nomenclatura descrita en el número 2 no sólo hace referencia a la igualdad ante la ley, sino también la igualdad en la ley, siendo la manifestación más explícita del principio de igualdad. De esta consideración a la igualdad por parte de la normativa

²⁹Cfr. Ob. Cit. Nogueira, H., “El derecho a la igualdad ante la ley...”, p. 822.

³⁰ Artículo 1 inciso tercero: “El estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones 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 de los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

³¹ Ob. Cit. Nogueira, H., “El derecho a la igualdad ante la ley...”, p. 823-824.

constitucional se determina que “excluye expresamente la posibilidad de toda esclavitud, la existencia de privilegios y las diferencias arbitrarias”.³² Teniendo en cuenta que la referencia a hombres es genérica en cuanto a personas siendo consecuente con el servicio del Estado a la persona humana consagrada en el artículo 1 de nuestra carta fundamental y el encabezado del artículo 19 donde la CPR asegura a todas las personas las garantías y derechos constitucionales. Estamos frente a una igualdad ante la ley, denominada por la doctrina mayoritaria como igualdad formal.

La igualdad ante la ley constituye una exigencia que apunta no al contenido de la norma, sino a su aplicación, la cual puede ser ejercida tanto por autoridades administrativas o de cualquier otro órgano, en el sentido que dicha aplicación debe ser igualitaria. Se alude a una dimensión de igualdad en la aplicación de la ley, constituyendo una limitación al proceder de las autoridades, en el caso de un uso que el precepto legal o se ejerce de forma igualitaria, se reclama contra el acto específico, pero no contra la ley, dado que los criterios legales deben ser aplicados igualitariamente. Se parte de la suposición que todas las personas son receptores de las normas de igual manera y que, tanto en su contenido como en su aplicación, hay un trato idéntico, es decir, la ley debe aplicarse conforme a la ley, identificándose con normas de carácter abstracto y generales.

El derecho a la igualdad en la ley.

La segunda determinación de la igualdad en nuestro derecho dice relación con la igualdad en la ley, dirigida al legislador, a los órganos encargados de crear la normativa. El artículo 19 numeral 3 detalla el principio de igualdad en la ley: *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. [...]”*

Se configura la garantía, una igualdad que supone que las normas adoptadas por el legislador traten en forma igual a los iguales, de modo que no se consideren diferencias arbitrarias entre los sujetos que tienen derechos y deberes regulados por tales normas. Como un derecho fundamental la igualdad en la ley se refiere a su eficacia que lo vincula frente al derecho. De esta forma, es considerada como una condición general que valida las leyes y a su vez como un derecho subjetivo público de las personas. Es una exigencia que se refiere al contenido de la ley, en el sentido que está debe cumplir con un estándar, de forma que de no cumplirse se entiende que la ley es contraria al principio de igualdad y podrá ser reclamada su inconstitucionalidad, siendo una forma de límite a la forma de proceder del legislador con criterios legales igualitarios.

Tanto en su dimensión de igualdad ante la ley y la igualdad en la ley constituyen un derecho subjetivo, dado que es una facultad o un atributo de la toda persona, que le es

³² Vivanco, A., “La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿De qué igualdad estamos exactamente hablando?, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 26 nro. 1, Sección Estudios, 1999, p. 173.

inherente a ella y se manifiesta en no ser objeto de discriminación, de no ser objeto de un trato que se base en diferencias de carácter arbitrarias, en el caso de estar frente a un tratamiento desigual de las personas que este se apoye en una justificación objetiva y razonable.

2.3.- Principio de Igualdad en la jurisprudencia nacional.

La jurisprudencia consiste en el criterio que está contenido en las decisiones jurisdiccionales, que en algunos Estados se acepta su obligatoriedad y en otros no. A pesar de que en Chile no constituye fuente formal de Derecho, si resulta conveniente tener en cuenta las decisiones jurisdiccionales como norma individualizada de conducta, no se puede entender a la jurisprudencia como un fenómeno aislado, necesariamente constituye una relación en el ámbito jurídico. Se deduce como una actividad del Estado en la cual se integra y se interpretan la norma jurídica independiente del órgano que las haya producido, por lo cual a pesar de no ser obligatoria en nuestro Derecho no por eso no es relevante.

Es difícil determinar solo una forma como nuestros tribunales de justicia han entendido o aplicado el principio de igualdad, Mariangel Cabrera identifica en su trabajo³³ el enfoque de igualdad relativa, la exclusión de privilegios, como negación de discriminaciones arbitrarias, como generalidad o como igualdad absoluta, considerando que es la igualdad relativa la forma más correcta de entender, el cual es contrario a la idea de excluir privilegios y evitar discriminaciones arbitrarias, es así como “las afirmaciones generales sobre lo que la igualdad es (el *concepto* de igualdad) son poco controvertibles: nadie puede afirmar que la igualdad *no* exige tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. Por otro, sin embargo, el alto nivel de abstracción de todo concepto (al contrario de una *concepción*) hace que el contenido sustantivo de las doctrinas de la Corte sea escaso”³⁴.

Si bien se permiten las distinciones entre las personas, al tiempo de crear o usar la ley, que se encuentran en situaciones de hecho distintas, estas distinciones requieren que sean razonables, de forma de evitar las discriminaciones arbitrarias. Es de esta manera que el artículo 19 en su numeral 2 y 3 garantizan que el contenido y la aplicación de la ley por parte de la autoridad no sea en razón a discriminaciones arbitrarias, el hecho de no ser tratados de un modo distinto por la jurisdicción de quienes se encuentran en la misma situación, y que en el caso concreto de distinguir entre personas se hagan concesiones de determinados beneficios a través de criterios objetivos y lógicos, en virtud de no encontrarse en las mismas condiciones, obteniendo como resultado que esas distinciones sean razonables a la vista de la sociedad.

Nogueira en su trabajo señala algunas citas que llaman poderosamente nuestra atención y que no pueden dejar de mencionarse en virtud del contexto que se busca

³³ Cfr. Cabrera, M., “El derecho a la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad; III. El derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia nacional”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004, p.1.

³⁴ Ob. Cit. Atria, F., p. 40.

explicar; “Es así como el Tribunal Constitucional Chileno en sentencia del 8 de abril de 1985, Rol n° 28 establece que ‘*la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallan en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo*’.

Por otra parte, el mismo criterio es sostenido por la Corte Suprema Chilena, en sentencia del 15 de junio de 1988 donde establece, ‘*la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre los grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional*’³⁵.

2.4.- Exigencias emanadas del principio de igualdad.

Lo igual debe ser tratado de forma igual, y lo desigual de forma desigual; esta doble faceta del juicio de igualdad excluiría tanto la identidad como la mera semejanza. A partir de una relación comparativa se podrá determinar cuándo dos individuos o dos situaciones son iguales, excluyendo la identidad ya que se parte de dos sujetos distintos, pero a los cuales se abstraen diferencias para acentuar su igualdad en atención a una característica común, excluyendo de la misma forma la semejanza, si bien esta implica que exista algún rango en común, no es obligación abstraerse a los elementos que son diferenciadores. Es así que dos personas o situaciones nunca serán iguales en todos los aspectos, es aquí a determinar que los juicios de igualdad son de carácter valorativo, referidos a igualdades y desigualdades fácticas y las consecuencias normativas que se unen a ellas. Apoyar la afirmación de que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de la regulación normativa, realizando una abstracción en cuanto a rangos que diferencian a los sujetos como a otros ámbitos que regulen de igual forma su situación, siendo la idea principal el llegar a un punto de encuentro entre rasgos que representan una razón para un tratamiento igual o, por el contrario, desigual, rasgos que a su vez llevan aparejados los criterios para definir la norma que será aplicada y las consecuencias jurídicas que lleva consigo, generando una valoración conjunta entre los

³⁵ Ob. Cit. Nogueira, H., “El derecho de igualdad ante la ley...”, p. 809.

elementos fácticos y normativos que la jurisprudencia denomina como un criterio de razonabilidad.

2.5.- Criterios que complementan el principio de igualdad.

El principio de igualdad se traduce en una exigencia de fundamentar racionalmente los juicios de valor, las igualdades y desigualdades son el punto de partida al momento de construir la igualdad o desigualdad desde una perspectiva normativa, se relaciona con “que tiene que haber un razón *suficiente* para las justificaciones, que las justifiquen y que la cualificación de la razón como suficiente es un *problema de valoración*”³⁶, realizando él mismo un planteamiento en cuanto al mandato de tratamiento igual enunciando; “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”³⁷. Se persigue una igualdad formal y material, de manera que donde se encuentre una razón que permita la desigualdad, haya a su vez una permisión para una regulación igual o diferenciada la cual “no puede dejar de considerar la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la norma en relación con las situaciones de hecho y a la luz del fin perseguido”³⁸, concibiendo una desigualdad normativa para alcanzar una igualdad de hecho.

Con estas ideas es que se entiende como base de la igualdad al principio de razonabilidad, el cual se plasma en la proporcionalidad, controlando al legislador y al aplicador de la ley en relación al criterio de adecuación o idoneidad y en la necesidad.

Principio de razonabilidad.

Una disposición no puede ser discriminatoria, debe cumplir con un recto razonamiento, siguiendo los parámetros de la justicia y el bien común, de esta forma se aplicaría racionalmente la normativa, en función de los fines y la naturaleza del derecho o la institución a la que la norma se refiere.

La razonabilidad lleva aparejada la racionalidad, lo que implica que sólo se afectaría un derecho fundamental en la medida que exista un fundamento que lo autorice, de forma de evitar la arbitrariedad, es así como se tutela la igualdad a las personas frente a privilegios imprevistos de actos y normas discriminatorias o sin un fundamento racional o justo. Debe entenderse que dentro del principio de igualdad un juicio de razonabilidad, en virtud que en la aplicación de la ley el ejercicio del poder legislativo no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en aquellos casos concretos que sean sustancialmente iguales, sin que exista una fundamentación racional y razonable. El juez no puede oponer su razonamiento a la del legislador, cuando se trata de hacer entender la validez de la ley y su aplicación. El juzgador tiene la carga de probar la racionalidad de la norma o el carácter relevante de sus diferencias, de modo que posee la opción de buscar en conocimiento jurídico de la sociedad un criterio que le permita pronunciarse sobre la racionalidad de la norma. Así, la desigualdad se presentan al distinguir entre la diferencia planteada por el

³⁶ Ob. Cit. Alexy, R., Teoría de los Derechos..., p. 395.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Ob. Cit. Prieto, L., “Los derechos sociales y el principio...”, p. 27.

legislador y la validez que se niega a esa diferencia; la obligación de probar la razonabilidad de la diferencia concreta corresponde a quién defiende la ley, pero como estamos frente a una igualdad que también puede darse en el tratamiento de la ley, es quien impugna el encargado de aportar las razones por las cuales atribuye relevancia jurídica a las diferencias.

Criterio de Proporcionalidad.

Un precepto legal, si tiene un carácter razonable, sería discriminatoria si esta no se ajusta de manera armónica al derecho o a las instituciones del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, se ajusta a los principios y valores que caracterizan el ordenamiento como un todo.

El principio de igualdad que hemos descrito extensamente no se limita solamente a la prohibición de tratos desiguales sin un fundamento racional, la igualdad tiene un carácter relativo y además proporcional, en cada momento que se aplica un tratamiento desigual entre las personas, debe analizarse proporcionalmente si este trato desigual afecta a otros derechos fundamentales o bienes que son protegidos por la carta fundamental, la Constitución. Aun así, no se encuentra consagrado en nuestro derecho, se sigue implícitamente de las reglas del Estado de Derecho y puede encontrar su fundamento en el artículo 19 número 26 de la CPR al desarrollar la garantía de que el legislador no puede afectar la esencia de los derechos.

El criterio de proporcionalidad, exige a su vez un criterio de necesidad y adecuación o idoneidad:

-Criterio de Necesidad: se busca que el legislador afecte derechos e interés de las personas solo si es necesario para lograr la finalidad perseguida, de manera eficaz. Es una relación entre los medios, de determinar que medio es más idóneo al momento de comparar cual es acogido por el legislador, con el objeto de realizar un trato diferenciado.

-Criterio de Adecuación: Para evitar que la norma en cuestión aplicada sea discriminatoria, nos hemos ajustado a la racionalidad y proporcionalidad en la decisión del legislador, pero además tiene que estar presente una adecuación, en virtud de las circunstancias históricas, políticas, económicas y culturales en una sociedad concreta, la desigualdad en razón a un trato discriminatorio debe ajustarse a las circunstancias concretas del Estado de Derecho imperante, adecuándose a las medidas legislativas destinadas a los fines u objetivos establecidos en la CPR, reconociendo a su vez un margen de acción que es propio de los órganos del Estado, pero sin dejar de lado la protección del derecho.

Se pretende alcanzar una coherencia entre el medio y el fin, una cierta idoneidad, entre el medio que es utilizado al momento que intervenga el legislativo y el fin que se propone por juzgador. Si se busca obtener un fin legítimo, desde la perspectiva de la Constitución, de forma que el medio sea un tratamiento diferenciado, este debe ser idóneo para lograrlo, de otro modo, sería inconstitucional.

“De acuerdo a todos los elementos antes enunciados como son la finalidad de la norma, su razonabilidad, la proporcionalidad entre medios y fines, la consideración particular de dicha sociedad y el cierto margen de acción, todos ellos constituyen elementos que el intérprete debe tener en consideración al momento de determinar su sentencia en el plano de la jurisdicción constitucional. De esta manera, el juez dispone de cierto nivel de discrecionalidad pero dentro del marco de referencia explicitado, inteligible y fundado en principios”³⁹. El Estado y sus organismos no sólo deben abstenerse de tener acciones discriminatorias, sino que además debe promover la efectiva igualdad, por medio de acciones positivas o de discriminación inversa, que son reconocidas como legítimas para alcanzar la equidad o situaciones de justicia, por ejemplo entre grupos que son discriminados negativamente, lo cual requiere la adecuación a las normas de forma de eliminar la inequidad, teniendo un carácter transitorio mientras persista la situación de desigualdad.

El derecho de igualdad es un atributo o facultad inherente a toda persona, con el fin de no ser objeto de discriminaciones, es decir, un trato fundamentado en diferencias arbitrarias. La discriminación es una diferencia arbitraria, es una manera de realizar un tratamiento desigual a las personas, sin una justificación objetiva y razonable, como también, un tratamiento igual a personas que se encuentran en contextos diferentes, de modo que obligaría a un tratamiento desigual. Es así, que en los casos de diferenciación que se realice por ley o por el aplicador de la ley debe cumplir objetivamente con ser una diferencia relevante, que esta finalidad sea legítimamente dotada de razonabilidad, que se cumpla con el uso de los criterios de proporcionalidad, de la idoneidad y la necesidad, respetando el contenido esencial de los derechos.

³⁹ Ob. Cit. Nogueira, H., “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, en Revista Ius Et Praxis, año 2, n°2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 245.

Capítulo 3: La ley 12.927 frente las críticas y el principio de igualdad.

3.1.- Críticas a las Ley 12.927.

Problemáticas que fueron abordadas preliminarmente en el primer capítulo las cuales serán precisadas en este apartado, ya desde su consideración de una ley general y abstracta, y en relación con el principio de igualdad protegido y reconocido por nuestra carta fundamental.

La primera crítica recae sobre los tipos penales que sanciona la ley, se caracterizan por ser abiertos y vagos, lo que configura una ley penal en blanco que pertenece a la confusa discusión en relación con el principio de legalidad penal, por medio del cual sólo una ley puede crear un delito y establecer una pena para él, representando de esta forma una garantía para todas las personas, en la medida que ellas cuentan con una cierta seguridad de ser expuestas a la arbitrariedad judicial o administrativa y conocer con certeza cuáles son las conductas sancionadas. No hay un consenso en la doctrina que defina que debemos entender por ley penal en blanco.

Las leyes penales contienen una hipótesis y una sanción. La hipótesis es la descripción de una conducta expresada por medio de un verbo y de las circunstancias en que ella ha de realizarse. La sanción está representada por la pena o castigo que debe soportar aquel que realizare la conducta, en las condiciones que la ley prevé. De esta forma se crean leyes completas, que contienen una hipótesis y una sanción, fijados en términos precisos los casos en el juzgador recurre a la norma para dar un juicio. Pero existen otras normas incompletas, que les falta todo o parte de su hipótesis o su sanción que permite englobar situaciones que la ley no describe en forma precisa. No hay claridad respecto al tema, por lo mismo, no es de extrañarse que si dos personas, que utilicen la misma norma, se lleguen a conclusiones diversas en virtud de los hechos concretos en los cuales se dan.

La Ley 12.927 genera confusión, es difícil determinar si falta definir la hipótesis o su sanción, pareciera ser que es una norma que se relaciona con otras normas, no describe en forma precisa la conducta o la sanción única aplicada al caso concreto. Por ejemplo el título I, en su artículo 1 dice: “Además de los delitos previstos en el Título I del Libro II del Código Penal y en el Título II del Libro III del Código de Justicia Militar [...]”, al momento de sancionar las conductas que atenten contra la soberanía nacional la Ley se remite a otras leyes tanto en su hipótesis o en su sanción.

Al encontrarnos con una ley incompleta, que no determina a cabalidad o con precisión las conductas sancionadas, el órgano con autoridad para aplicar la norma puede elegir entre emplear una ley más gravosa o una menos gravosa. Si se busca sancionar un delito contra la soberanía nacional, el artículo 1 detalla una serie de conductas las cuales son castigadas con presidio, relegación o extrañamiento menores en sus grados medio a máximo, en contraste, el Código Penal entre los artículos 106 a 120 da una pena para cada conducta sancionada, a modo ejemplar el artículo 107⁴⁰ que castiga chilenos que atentaren

⁴⁰ Artículo 107, Código Penal: “El chileno que militare contra su patria bajo banderas enemigas, será castigado con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo”.

contra su patria, con una pena distinta a la sancionada por la Ley especial, situación que no deja de ser relevante al momento de comparar las condenas por una u otra norma. Estamos frente a un estatuto diferenciado, dado que para casos concretos se dan penas distintas en comparación con las normas generales, y muchas veces estas sanciones son desmedidas en conductas que atentan contra el mismo bien jurídico protegido.

Además, existen problemas al momento de calificar la prueba, es quién aplica la ley el encargado de probar que las condiciones objetivas por las cuales es utilizado un estatuto especial cumplen con un razonamiento justificado, de forma de no vulnerar el principio de igualdad. Dependiendo el tipo de igualdad al cual hagamos referencia, será el impugnador el encargado justificar la carga probatoria al momento de aportar razones por las que atribuyen relevancias jurídicas a las diferencias que generen una desviación normativa, bastando solo acreditar que ocurren irregularidades para estimar que se configura una transgresión en el caso de la igualdad ante la ley, no siendo necesarios la argumentación que busque probar la infracción a la igualdad en la ley, en ambos casos deben presentarse razones que tengan una justificación en la razonabilidad. Es así que “inicialmente un control sobre el legislativo por violación al principio de igualdad sólo procede: a) cuando estamos en presencia de un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita; b) cuando estamos en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo impida. Por ello, que un tratamiento desigual no resulte arbitrario o carente de razón no significa que, a sensu contrario, un tratamiento igual haya de reputarlo arbitrario”⁴¹.

De igual manera, la titularidad de la acción fragmenta las normas generales de la materia, ya que en la ley especial solo algunas autoridades son las llamadas a aplicar la ley, así lo describe el artículo 26: “...sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Ministerio del Interior, del Intendente Regional respectivo o de la autoridad o persona afectada”, en cuanto a las investigaciones de hechos que constituyan delitos descritos y sancionados en esta norma, lo que atentaría el principio de igualdad en la ley, al describir en el artículo 19 número 3 inciso 1º: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, de lo que se infiere que la acción es una sola. Surge un principio de oportunidad⁴² para la autoridad estatal, la cual puede elegir entre iniciar o no la acción penal, al instante que el órgano legitimado toma conocimiento de los hechos punibles, puede o no iniciar la persecución penal, o puede posteriormente suspenderla, a partir de criterios distintos que informalmente se aplican en el sistema de justicia penal, generando una cierta discrecionalidad en la acción penal, lo que daría como resultado una selección arbitraria de los hechos que serán constitutivos de delitos de acuerdo a la Ley 12.927 y aquellos que serán castigados con las normas generales, como el Código Penal o el Código de Justicia Militar.

⁴¹ Prieto, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Revista del centro de estudios constitucionales, 1995, p. 27.

⁴² Bovino, A., “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin Derechos”, en Revista de Opinión Jurídica, disponible en <http://www.urbeetius.org/newsletters/newsletter2--/bovino2.pdf>, última visita 8 de marzo de 2013.

Ya no solo el individuo afectado es titular de la acción penal, sino también se vincula a órganos del Estado, con el fundamento de que la persecución estatal está dada por un hecho punible, que excede el mero daño ocasionado a la víctima, pero aun así, en un Estado de Derecho, se pierde el sentido de la acción penal la cual se desarrolla estrictamente entre individuos, y que solo produce consecuencias entre ellos, que no necesariamente significa que el Estado deba llevar a cabo una persecución penal de manera oficial o única, el interés público que justifica la intervención estatal no exige una sola decisión por parte la autoridad con titularidad, debería ser en conjunto con la víctima del hecho punible. En innumerables casos que se han sido condenados por este estatuto especial se ha ignorado la voluntad de la supuesta víctima, estando frente a un derecho penal autoritario que niega los fundamentos del Estado de Derecho: el respecto a la dignidad de la persona y un reconocimiento al derecho a la igualdad, la autodeterminación y la autonomía de su voluntad. El discurso jurídico utilizado tiene a la víctima como un objeto, por medio del cual se justifica la intervención estatal, excluyéndola casi de forma completa, al decidir el órgano estatal sobre la acción a seguir.

Retornamos nuevamente al uso discrecional de las autoridades legitimadas de este cuerpo legal, la decisión por parte de los órganos con titularidad para la acción penal se justificará en que se demuestre que se sigue aplicando el derecho a pesar de estar en presencia de un estatuto jurídico diferenciado, son ellos los llamados a calificar la prueba, lo que disminuye la seguridad jurídica de los individuos sobre las garantías del debido proceso y el principio de igualdad, ya que si la autoridad esgrime justificaciones suficientes, se acreditaría el uso de una norma especial y la vulneración de derechos y principios protegidos por la carta fundamental.

3.2.- El principio de igualdad y la Ley 12.927.

Ya hemos mencionado la crítica por afectación de la igualdad por la titularidad de los órganos estatales con legitimidad para aplicar la Ley.

Es importante recordar que la igualdad tanto en su dimensión de igualdad en la ley y ante la ley, es un mandato dirigido al legislador y al aplicador de la ley, además son derechos inherentes a todas las personas protegidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes en Chile. Dos personas o situaciones nunca serán iguales en todos los aspectos, por lo que hay juicios de igualdad con la finalidad de dar una formulación valorativa de acuerdo a los elementos fácticos que generan consecuencias normativas, que quedan entregadas a la decisión de la autoridad que aplica a la Ley.

Con base en estas ideas es que la Ley al parecer no cumple con los criterios que han sido objeto de estudio en cuanto al principio de igualdad, estamos frente a un problema de valoración, dado que la autoridad justifica por medio de razones suficientes el uso de un estatuto diferenciado, pero estas razones no tienen un planteamiento uniforme entre los casos concretos.

Si entendemos que la finalidad de la Ley es la Seguridad Nacional es que “debe tender a precaver o superar con éxito situaciones de guerra, conmoción interna o catástrofes naturales que pongan en peligro el cumplimiento de los objetivos nacionales mediante acciones que permitan afianzar la estabilidad y los intereses vitales de la nación. Es decir, el campo de acción debe estar circunscrito sólo a las situaciones de guerra y catástrofes naturales”⁴³, la idea sigue siendo el objetivo de la norma pero su función se ha desnaturalizado, los criterios que son utilizados con mayor o menos amplitud no son indiferentes a la estructura de las normas y las condiciones económicas, políticas y sociales que buscan proteger el bien común, y a pesar de esto los órganos titulares de la acción penal en esta normativa han interpretado, pareciera ser, de forma equivocada. Los razonamientos utilizados por el aplicador de la norma pueden entenderse lógicos al cumplirse las condiciones que atentarían contra el orden pública, la seguridad interior o exterior de Estado, en este sentido hay una conducta que comete una infracción a la norma y su respectiva sanción a tal comportamiento, pero los criterios que justifican la aplicación de un estatuto especial que produce a su vez una desigualdad en la ley no son lógicos, no hay una proporcionalidad entre la sanción para un caso concreto con la Ley 12.927 y para otros casos con las normas generales como el Código Penal o el Código de Justicia Militar, es la autoridad legitimada quien decide idónea una norma y no la otra y la necesidad de aplicarla, buscar una sanción efectiva o suspender el procedimiento.

La discrecionalidad de la autoridad es en extremo amplia, en virtud que el “Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas ‘formales e informales’”⁴⁴, lo cual no queda en evidencia al momento de revisar la jurisprudencia nacional sobre la Ley, “no cabe duda que principios como el de *ultima ratio* tienen un indudable basamento de carácter político, pues, en definitiva, *la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador*”⁴⁵, y en este precepto también una decisión del juzgador. Queda expuesto la idea que tanto el legislador como el juzgador no pensaron en esta norma como un instrumento de *ultima ratio*, ni que haya una naturaleza secundaria de un derecho sancionador, en el mismo sentido el artículo citado dice explícitamente que de acuerdo al principio de proporcionalidad, que es parámetro tanto para el derecho público como para el derecho constitucional, las normas penales deben tener “un uso prudente y medurado”⁴⁶.

Aplicar una ley especial con sanciones más gravosas que una ley general, objetivamente pareciera ser legítima, pero vulneraría el principio de igualdad, la necesidad de aplicar un estatuto diferente a situaciones diversas con la finalidad de proteger la Seguridad Nacional no pareciera ser el fin de la norma, sino más bien una decisión de carácter política, motivada por las circunstancias concretas y el contexto histórico y social del Estado.

⁴³ Ob. Cit. Jiménez, F., p. 225.

⁴⁴ Carnevali, R., “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en Revista Ius et Praxis, 2008, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002#, última visita 9 de marzo de 2013.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

CONCLUSIÓN

No hay duda que si analizamos una ley de forma general sin considerar su aplicación a un caso concreto no presenta problemática en cuanto a su legitimidad o a las autoridades que tienen titularidad de hacer uso de sus disposiciones, pero al momento de llegar a los hechos que la ley ha sido dirigida aparece las problemáticas en relación a los alcances de ella.

En virtud de este trabajo nos parece que la Ley sobre seguridad del Estado vulnera el principio de igualdad, en sus diversas dimensiones, como igualdad ante la ley y en la ley, dado que no es una justificación razonable y objetiva la que determina la aplicación de esta norma y no es un estatuto general como lo es el Código Penal o el Código de Justicia Militar, su justificación se encuentra en una consideración discrecional de carácter político por parte del legislador y el juzgador. Son ellos quienes han, a lo largo de los años, han creado y mantenido un estatuto legal diferenciado, que incluye conductas punibles generales, con penas desmedidas, con el objetivo de proteger la seguridad del Estado, finalidad que ni nuestra carta fundamental ha definido, solo se hace mención de ella, se protege, pero qué se entiende por seguridad del Estado, al igual que esta Ley, queda sujeto a la discrecionalidad de la autoridad, y los alcances de esta protección es esta autoridad la llamada a determinar.

Con el objeto de evitar interpretaciones equívocas, al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó al Estado Chileno reformar su legislación incompatible, para el caso del “Libro Negro de la Justicia Chilena”, es pertinente sugerir que la legislación debe reformularse en virtud de los principios constitucionales, para alcanzar una coherencia y concordancia con las normas del Estado de Derecho chileno. Es de vital relevancia otorgar a las personas una seguridad jurídica en relación con las normas que sancionan las conductas punibles, y a su vez evitar el uso discrecional de las leyes penales en razón a predicar que el Derecho penal es la *ultima ratio*, para proteger bienes jurídicos y no perder su función principal por razones meramente políticas.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R., Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Atria, Fernando, “Los Peligros de la Constitución, la idea de igualdad en la jurisdicción nacional”, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 1997.

Barrere, M., “Igualdad y ‘discriminación positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, Universidad del País Vasco, EHU, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>.

Bovino, A., “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin Derechos”, en Revista de Opinión Jurídica, disponible en <http://www.urbeetius.org/newsletters/newsletter2--/bovino2.pdf>.

Cabrera, M., “El derecho a la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad; III. El derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia nacional”, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004.

Carnevali, R., “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en Revista Ius et Praxis, 2008, disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002#*.

González, F., “Hacia la derogación de las normas de desacato en Chile”, en Revista Cuadernos de Análisis Jurídicos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000.

González, F., “Leyes de desacato y Libertad de expresión”, en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/leyes-de-desacato.pdf>.

Hierro, L., “Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley”, Universidad Autónoma de Madrid, última sesión del IX Seminario hispano- Italiano de Teoría del Derecho, 2003.

Jiménez, F., “La seguridad nacional ante la nueva constitución política del Estado”, en Revista Chilena de Derecho, IX Jornadas Chilenas de Derecho Público, Volumen 6, 1979.

Laporta, F., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en Revista *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985.

Nogueira, H., “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, en Revista Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2006.

Nogueira, H., “El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Ius Et Praxis*, año 2, n°2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, 1997.

Prieto, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1995.

Rabossi, E., “Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación”, en *Revista Centro de Estudios Constitucionales*, n° 7, España, 1990.

Rosenfeld, M., “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, en *Revista Derechos y Libertades, Instituto Bartolomé de las Casas*, 2003.

Vivanco, A., “La garantía constitucional de igualdad ante la ley: ¿De qué igualdad estamos exactamente hablando?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 26 nro. 1, Sección Estudios, 1999.

Bibliografía Normativa.

Informe n°90/05, Caso 12.142, en

http://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Chile12142.sp.htm#_ftnref19.

Ley n° 19.047, Leyes Cumplido, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30414>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Constitución Política de la República.

Código Penal.

Código de Justicia Militar.

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.