

Proposiciones para una Legislación Democrática sobre Seguridad del Estado

Juan Enrique Vargas Viancos,
*abogado, investigador del
Programa de Derechos Humanos.*

**Este trabajo corresponde a una ponencia presentada al Seminario "Jurisprudencia sobre Seguridad Interior del Estado Bajo el Régimen Militar", organizado por el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano y la Vicaría de la Solidaridad del Arzobispado de Santiago, en Punta de Tralca entre el 21 y el 23 de abril de 1989.*

***El Area Jurídica del Programa de Derechos Humanos se encuentra realizando una investigación en la que participa el autor sobre "La Protección de la Seguridad Interior del Estado y los Derechos Humanos", dentro de la cual se inserta el presente trabajo.*

I.-INTRODUCCION

En este artículo nos proponemos esbozar algunos elementos que a nuestro juicio deberían ser considerados al momento de abordar la ineludible tarea de redefinir la postura del Estado en la defensa de su propia seguridad y establecer los mecanismos constitucionales y legales tendientes a ese fin.

En ningún caso es nuestra intención agotar este tema, de suma importancia y complejidad, sino tan sólo introducir algunos elementos para su discusión.

Creemos que escapa a toda duda que la futura democracia que ansiamos ver llegar a nuestra patria va a sufrir múltiples y constantes ataques antes de poder asentarse definitivamente. Los gérmenes del autoritarismo se encuentran sembrados en la vida nacional y el régimen político que dejamos atrás nos lega un sinnúmero de problemas por resolver.

Para ello el futuro régimen deberá ser lo suficientemente fuerte como para superar

estos embates y redefinir la estructura política interna, debiendo entonces contar con mecanismos de protección que lo permitan y que al mismo tiempo sean respetuosos de los derechos humanos por los cuales hemos luchado en estos años.

Este importante tema lo abordaremos haciendo una previa aproximación al marco en donde se inserta el problema de la seguridad del Estado dentro de la moderna doctrina de los Derechos Humanos, para luego referirnos a los principales aspectos que debe abordar una legislación protectora de la seguridad de un Estado democrático.

En ese sentido nos detendremos en la justificación de legislaciones especiales en esta materia, en la definición propiamente de los conceptos de seguridad del Estado y orden público, en la determinación del rol de los poderes públicos en la defensa de ellos, en la forma como se debe abordar el problema de los límites al pluralismo y, finalmente, en la titularidad de la acción para sancionar estos delitos.

II.- Marco General en que se sitúa la Legislación.

Restricciones a los Derechos Humanos

Para entender debidamente el tratamiento que debe dársele a la protección de la llamada seguridad del Estado o del orden público, debe previamente situarse el tema en su perspectiva más general.

Esta materia se inserta dentro de lo que se ha denominado las restricciones o limi-

taciones a los derechos fundamentales, las cuales son aceptadas en los propios textos en que estos derechos son consagrados.

El sentido de ellas no es otro que el reconocer que los derechos humanos no tienen un carácter absoluto y que, por otra parte, el aseguramiento de cada uno de ellos no se puede lograr haciendo abstracción de la concreción que deben tener los restantes derechos que le son reconocidos a la persona humana.

Es decir, de la comprobación de que eventualmente los derechos humanos, ejercidos en forma independiente por sus titulares, pueden entrar en colisión entre ellos, debemos concluir que tiene que adoptarse algún tipo de criterio para solucionar estos conflictos, lo que en una u otra medida implicará que el ejercicio de dichos derechos deberá ser limitado para compatibilizarlos entre sí.

A ello debe sumarse el hecho de que estos mismos derechos no son concebidos como de igual jerarquía, reconociéndose que algunos de ellos son de una mayor entidad, por lo cual su aseguramiento es prioritario frente a los restantes. De este modo, cuando alguno de aquellos que llamaremos derechos preferentes entre en colisión con otro que no tenga tal calidad, deberá optarse por el respeto pleno del primero, aún cuando ello implique la postergación del derecho secundario.

Las disposiciones sobre suspensiones de derechos que se contemplan en los instrumentos internacionales sobre la materia para casos de grave anormalidad de la vida organizada de la nación, nos indican clara-

mente que existen de superior, al establecer existencia de los derechos inderogables, los que justifican a suspensiones. Entre ellos el derecho a la vida, a no ser tratados crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la irretroactividad penal de importancia.

Como resulta lógico, los derechos humanos tienen dos formas absolutamente incompatibles que se hace necesario distinguir entre ellas. Así es como existen restricciones permanentes, que imponen límites estables al derecho para evitar que en el abuso del mismo y de los derechos humanos de otras personas se impongan las restricciones transitorias las cuales se permite la vigencia de determinadas situaciones que superan un estado de emergencia sólo durante ese período.

Ambas presentan un carácter fuertemente diferenciado aún cuando su origen es común: la defensa de los derechos fundamentales frente a la restricción de algunos de ellos durante la vigencia de los restantes.

Como decíamos, las restricciones permanentes rigen en todo momento de una vida normal, por lo que, desde el punto de vista, es imposible la existencia de una situación de anormalidad.

Por otra parte, las restricciones

mente que existen derechos de un rango superior, al establecerse expresamente la existencia de los derechos denominados **inderogables**, los que jamás podrán ser sujetos a suspensiones. Entre ellos tenemos el derecho a la vida, a no sufrir penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud, el principio de irretroactividad penal y otros de similar importancia.

Como resulta lógico, las restricciones a los derechos humanos se nos presentan de dos formas absolutamente diversas, por lo que se hace necesario distinguir nítidamente entre ellas. Así es como tenemos las **restricciones permanentes**, por las cuales se le ponen límites estables al ejercicio de un derecho para evitar que éste pueda traducirse en el abuso del mismo y en la lesión de los derechos humanos de otras personas. Las otras son las **restricciones transitorias**, mediante las cuales se permite la suspensión de la vigencia de determinados derechos para superar un estado de excepción, pero tan sólo durante ese período.

Ambas presentan un tratamiento claramente diferenciado aún cuando la raíz de su origen es común: la defensa de la totalidad de los derechos fundamentales mediante la restricción de algunos que harían imposible la vigencia de los restantes.

Como decíamos, las restricciones permanentes rigen en todo momento, aún tratándose de uno de normalidad, pues su fin, desde otro punto de vista, es impedir que se llegue a una situación de anormalidad.

Por otra parte, las restricciones transito-

rias presentan un carácter mucho más severo que las permanentes, en cuanto a los derechos que puedan verse afectados durante su vigencia y a la magnitud de esa lesión, puesto que en este caso la anormalidad ya se ha producido, encontrándose la nación en una situación de grave emergencia, que se hace indispensable superar.

La facultad que tiene un Estado para dictar una legislación de carácter represivo penal en contra de conductas atentatorias contra la seguridad del Estado o el orden público, no puede escapar de un análisis desde esta perspectiva, puesto que se trata de penalizar acciones que no han respetado limitaciones a derechos humanos previamente impuestas sobre la base de esos conceptos.

De este modo, si se sanciona la difusión de noticias que puedan afectar, por ejemplo, la seguridad externa del Estado, es porque se estima prudente restringir el derecho de expresión y de información en ese caso, en miras de un interés superior. La pena está dada por el no respeto de la limitación previamente establecida, siendo entonces legítima esa pena en la medida que lo sea la limitación que la genera.

Por ello es que una legislación de este tipo debe construirse teniendo presente que únicamente se justifica si es un mecanismo apto para lograr el acercamiento al pleno respeto de los derechos humanos, cual es el sentido de las restricciones; y que, conceptos tales como los que hemos mencionado, de seguridad u orden, deben ser interpretados no de una forma aislada como si se tratase de entelequias abstractas que por sí solas tienen algún valor, sino que referidas a estos valo-

res, que son los únicos que en última instancia justifican la existencia del Estado.

De ahí que los propios instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se hayan preocupado de establecer verdaderas limitaciones a las restricciones, para asegurar el correcto encauzamiento de éstas¹.

En lo que se refiere al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que son los dos instrumentos, uno en el plano universal y otro en el regional, que deberían regir a nuestro país en estos aspectos, encontramos que, primeramente, están claramente delimitados los derechos que son susceptibles de restricciones y los motivos que las justifican.

Los conceptos que se utilizan son los de seguridad nacional o pública y el de orden público y en virtud de ellos se pueden restringir derechos como los de reunión, de expresión, de circulación y residencia o la libertad de conciencia y culto, entre otros.

Por otra parte, ambos tratados establecen

principios generales que deben ser respetados, como ser el de la no discriminación, en donde se incluye la por razones políticas, que cobra gran importancia en este aspecto (artículo 2.1. del Pacto y 1.1. de la Convención)² y que ninguna de las normas en ellos contenidas puede ser interpretada en el sentido de concederle a un Estado o a un grupo facultades para atentar contra los derechos por ellos consagrados, o limitarlos en una medida mayor a la por ellos prevista (artículo 5.1. del Pacto y 29.a de la Convención).

Sumamente claro es al respecto el tenor del artículo 30 de la Convención, que dispone:

“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Por otra parte, y con ocasión de las suspensiones de derechos, se ha elaborado una importante doctrina de derecho internacional,

1) En relación a este punto y a una aproximación a definiciones de las causales de restricción, es muy interesante el estudio de los llamados “Principios de Siracusa” (sobre las disposiciones de limitación y de derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que fueron elaborados en una reunión de 31 expertos internacionales efectuada en Siracusa, Sicilia, entre abril y mayo de 1984.

Esta reunión fue convocada por la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales. Los principios se encuentran publicados en “LaRevista”, publicación de la Comisión Internacional de Juristas, número 36, del mes de junio de 1986.

2) Curiosamente, en materia de restricciones transitorias o suspensiones de derechos, al enumerarse los criterios discriminatorios en que ellas no pueden fundarse (raza, color, sexo, idioma, religión u origen social), se deja de mencionar aquellas fundadas en razones políticas.

en el sentido de que las facultades que se otorgan para restringir derechos tan sólo pueden ser utilizadas por gobiernos democráticos respetuosos de los derechos humanos y con el exclusivo fin de proteger a los mismos.

Sólo dentro de este marco es posible aceptar restricciones y la penalización de conductas relevantes que no las respeten.

III. Principales Aspectos que deben ser considerados en una Futura Legislación

Situado en este contexto el tema, podemos ya precisar los principales aspectos que deberá abordar una futura legislación protectora de la seguridad del Estado en democracia, que permita superar las deficiencias que históricamente han presentado las anteriores legislaciones que al respecto han regido en nuestro país. A nuestro juicio estos aspectos son los siguientes:

- a) La necesidad de existencia de legislaciones especiales sobre la materia y los principios que deben informarla;
 - b) La definición de los conceptos de seguridad del Estado y de orden público;
 - c) La determinación del rol de los poderes públicos en esta materia;
 - d) a solución al problema de los límites al pluralismo; y
 - e) La titularidad de la acción.
- a) *Necesidad de existencia de legislaciones especiales relacionadas a la seguridad del Estado y principios que deben regirla.*

A primera vista no parece más que un

anacronismo la existencia de una legislación absolutamente diferente a la ordinaria, que contempla procedimientos extraordinarios y modificaciones a la competencia común, para sancionar conductas que bien pueden constituir ilícitos similares a cualquier otro ilícito penal sancionado por el código del ramo.

Sin embargo, tradicionalmente se ha echado mano en Chile a la dictación de leyes especiales para sancionar algunas conductas atentatorias contra la seguridad del Estado. La explicación de ello la podemos encontrar, sin gran esfuerzo, en la precariedad de muchas instituciones, lo que obliga a recurrir a mecanismos extraordinarios para su defensa.

Ello se ha traducido en dejar de lado en este tipo de situaciones muchos de los principios protectores de la persona humana que universalmente son acogidos por la disciplina del derecho penal.

Es indiscutido que estas legislaciones generalmente vulneran el principio de legalidad o tipicidad, estableciéndose tipos abiertos en donde se encuentra absolutamente difusa la definición del propio bien jurídico protegido y de las conductas atentatorias contra él. Igualmente se establecen presunciones que resultan inadmisibles, o se sancionan acciones que normalmente deberían quedar absolutamente impunes, como lo son los actos meramente preparatorios, estableciéndose también penas de una gravedad desproporcionada.

Por otra parte, los procedimientos en sí vulneran en alguna medida las normas sobre el debido proceso, al restringirse enorme-

mente las posibilidades de defensa de los acusados.

Por muy particulares y graves que resulten para la sociedad los ataques a la seguridad del Estado, no es posible admitir que su sanción escape de estos principios tan caros a nuestra civilización, por lo cual la tendencia tendrá que -en el futuro- apuntar a su unificación dentro de la legislación penal común.

Por lo demás nuestro propio Código Penal, como también el de Justicia Militar, establecen disposiciones sobre este aspecto, con lo que una legislación especial complementaria, relacionada aparentemente en forma más directa con los aspectos más coyunturales del problema, no es sino un factor adicional de confusión dentro de un cúmulo de normas diversas, lo que obviamente atenta contra una interpretación armónica de las mismas.

b) Definición de los conceptos de seguridad del Estado y Orden Público.

No nos parece necesario detenernos en analizar la importancia que reviste precisar estos conceptos, puesto que es bien sabido que ellos son en última instancia el bien jurídico protegido por una legislación de este tipo.

Tradicionalmente la seguridad del Estado ha sido entendida como sinónimo de estabilidad del gobierno de la nación y, como se aprecia en las figuras delictivas que se establecen, ellas por lo general están referidas a atentados contra el gobierno constituido o,

aún más, contra los intereses de ~~este~~ mismo gobierno.

Por cierto la noción sólo se infiere de las disposiciones, no estando explicitada en ninguna parte, ni fue jamás definida por nuestros Tribunales, quienes al aplicar la ley prescindieron absolutamente de la indispensable interpretación general de sus disposiciones. Pese a tratarse de una legislación que en su propio título dice que es de seguridad, poco les importó si la conducta en concreto que se sometía a su juzgamiento era o no atentatoria contra ese bien, limitándose a apreciar los puros términos literales del tipo.

El concepto tradicional es abiertamente insuficiente y estamos ciertos que producto de él es que se llegó al mayor número de abusos en la materia. El Estado va mucho más allá que el gobierno que detenta el poder y cualquier noción sobre su seguridad debe necesariamente contemplar la de todos los elementos que lo integran.

Esta idea parcelada de la seguridad, en alguna medida dio pie a la elaboración de la teoría extrema sobre ella, la mal llamada de seguridad nacional, en la cual terminan por desvincularse totalmente las labores de defensa, con el cumplimiento de los fines del Estado. Como sabemos en la base de esta doctrina está la existencia de un solo gran enemigo del cual debe defenderse el Estado, cual es la subversión interna que atenta contra el gobierno constituido. Poco importa entonces que en esa lucha se lesionen grave e injustificadamente los derechos fundamentales de los habitantes o se haga en definitiva más inseguro externamente al Estado, puestos que éstos, paradójicamente, son fac-

tores ajenos a la idea de seguridad nacional.

Poco importa tampoco, de acuerdo con esta doctrina, que el régimen político que se defiende sea o no democrático. Siendo aplicada en los hechos, por su sentido netamente autoritario, por gobiernos militares dictatoriales.

Antes de entrar a buscar una definición más adecuada de la seguridad del Estado, debemos previamente convenir que este concepto es uno solo y que no es posible por ello darle sentidos diversos en las distintas oportunidades que se lo utiliza.

Particularmente importante resulta esto en el caso de los estados de excepción y las restricciones permanentes a los derechos, que no son más que dos manifestaciones de mecanismos protectores de la seguridad del Estado, por lo cual la noción de ésta utilizada para justificar los primeros, debe ser igualmente apta para las restantes.

Como se ha preocupado de resaltar Hernán Montealegre³, el Estado está compuesto tanto de habitantes, como de territorio y gobierno. Así, cualquier lesión que ponga en peligro serio a alguno de estos elementos produce la inseguridad del Estado. Ello podrá suceder si se violan masiva y sistemáticamente los derechos humanos de los

ciudadanos, o si una invasión extranjera hace peligrar la soberanía nacional o si, por último, se busca derrocar al gobierno legítimamente constituido.

A lo anterior debemos agregar que el propio elemento gobierno no puede ser entendido como sinónimo de poder ejecutivo, puesto que debe comprenderse en su sentido lato, el que incluye a la totalidad de los poderes públicos. Por lo que bien podemos hablar de atentados contra la seguridad cuando un poder supera o se arroga las facultades de otro.

Todos estos elementos se encuentran a la par y a todos hay que dar protección por igual, sin privilegiar a ninguno por sobre los otros. Es más, es posible afirmar que ellos se encuentran interrelacionados y que es necesaria la protección de cada uno de ellos para lograr la de los restantes.

Por ello es que en la doctrina internacional se ha llegado a definir los ataques contra la seguridad del Estado como aquellos que constituyen una amenaza a la vida organizada de la comunidad. Esta definición, elaborada a propósito del concepto vida de la nación utilizada en los pactos para justificar la adopción de medidas de excepción, fue hecha por la Corte Europea de Derechos Humanos conociendo del caso Lawless⁴, pero

3) Este autor, en su obra "La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos", Santiago, 1979, expresa en la página 6: "Un estado está compuesto por tres elementos integrantes: el territorio, los habitantes y el gobierno. Sin cualquiera de estos elementos no se está ante la realidad de un Estado; ellos bastan, por otra parte, para que el Estado exista. El problema de la seguridad del Estado es, ciertamente, el de la totalidad de sus elementos integrantes. Un Estado es seguro, para el derecho, cuando cuenta con un sistema jurídico apto para reaccionar eficazmente y coherentemente ante las amenazas a cada uno de sus elementos constitutivos".

4) Al respecto ver el artículo de Daneil O'Donnell: "Legitimidad de los Estados de Excepción a la luz de los Instrumentos de Derechos Humanos". Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, N°38, diciembre de 1984, páginas 186 y siguientes.

ha logrado tener aceptación general en materia de suspensiones o ataques a la seguridad del Estado, incluso en el seno del sistema americano, en donde nuestra convención sobre la materia utiliza términos diferentes, a los de la Convención Europea sobre la materia.

La idea es que la seguridad se ve en peligro cuando se realizan ataques que pueden impedir el normal desenvolvimiento de la sociedad, entendida ésta en sus aspectos más esenciales. De ese modo, cuando se atenta contra el ordenamiento constitucional y democrático, o cuando se pone en peligro la existencia misma del país como Estado o bien cuando se impide ejercer a los individuos sus derechos, o estos lisa y llanamente no les son respetados, se está lesionando la seguridad del Estado.

En lo que guarda relación con el orden público podemos constatar que frente a él existen dos definiciones diferentes.

La primera y más amplia, lo considera como el sustrato en torno al cual se desarrolla la sociedad toda, estando compuesto por las reglas fundamentales que deben respetar todos los agentes que intervienen en ella. En este sentido, el orden público se encuentra circunscrito a la efectiva asunción tanto por parte de las personas como de las instituciones y poderes al interior del Estado de sus roles, como asimismo al respeto por parte de todas esas entidades de esos roles recíprocos.

En este sentido resulta interesante lo expresado por Irene Daes⁵, para quien el orden público no debe confundirse con la antítesis del desorden, sino que debe interpretarse teniendo en cuenta consideraciones de seguridad pública. Según esta misma autora, el orden público podría definirse como "la suma de reglas que garantizan la seguridad de una sociedad; o el conjunto de principios fundamentales sobre los cuales se fundan los intereses de una sociedad dada y la violación de los cuales puede implicar una ilegalidad parcial de un acto o de una ley extranjera cuya aplicación es permitida en el territorio nacional", Orden público significa "la naturaleza de las reglas legales, las cuales, por razones de moralidad o seguridad esencial, son necesarias en las relaciones sociales".

Como queda expresado, el orden público entendido en esta forma, integra el concepto de derechos humanos y abarca, obviamente, al de seguridad del Estado.

Sin embargo, es la segunda de sus definiciones la que es considerada como causal de restricción de derechos y a la que se refiere la Ley de Seguridad del Estado al establecer los llamados "Delitos Contra el Orden Público". En este sentido el término orden público se lo hace similar al de tranquilidad ciudadana, susceptible de verse alterado por desórdenes públicos.

5) Citada por Héctor Faúndez-Ledesma, en "La Protección de los Derechos Humanos en Situaciones de Emergencia", publicado en "Contemporary Issues in International Law", Edity by Thomas Buergenthal. N.P. Engel Publisher, Página 104.

La utilización del término en esa acepción se comprueba por el hecho de que siempre es contemplado en conjunto a la causal de restricción a la seguridad del Estado o nacional, dejando con ello en evidencia que no se lo está utilizando en la definición que la engloba, puesto que de ser así, ningún sentido tendría el establecer la seguridad como causal diferente. Igual interpretación deberá hacerse si se atiende exclusivamente al contexto en que se utiliza la expresión en los Pactos y los derechos que por ella se restringen.

Pero todo ello no nos puede llevar a desconocer que el exclusivo mantenimiento de la tranquilidad ciudadana es un objetivo de segundo orden para el derecho frente a la importancia que revisten las prerrogativas más fundamentales de la persona humana⁶. Con ello queremos afirmar que este sentido del término orden público en ningún caso puede ser independizado de los derechos humanos y transformar a la tranquilidad en un valor en sí. Lo dicho en relación a la justificación general de las restricciones permanentes de derechos es plenamente válido en esta oportunidad.

De esa forma una legislación sobre seguridad deberá apuntar a la protección de los factores que hemos mencionado en su totalidad, para reaccionar ante ataques especialmente graves, que pongan en un serio

peligro a los bienes que se protegen. El elemento gravedad es fundamental, pensemos que de no ponerse especial cuidado en este punto, corremos el riesgo de sancionar acciones que no sean más que el ejercicio legítimo de un derecho humano, es decir, el efecto absolutamente contrario al deseado.

Es esto lo que por lo demás ha sucedido corrientemente en el pasado, en que el peso de las medidas de seguridad lo han soportado quienes las más de las veces luchaban legítimamente por la reivindicación de sus propios derechos fundamentales que les eran desconocidos.

Por otra parte, y si se acepta lo que hemos dicho hace un momento, cuando postulábamos que una legislación de esta naturaleza debe asumir la totalidad de los principios que informan al derecho penal, debemos estar dispuestos a comenzar por respetar el primero de ellos, que nos indica que las normas penales constituyen la última ratio del ordenamiento jurídico, por lo cual sólo pueden utilizarse cuando es estrictamente indispensable y los demás mecanismos con que cuenta el Estado resultan insuficientes. Pensemos también que la tendencia moderna se encuentra dirigida a despenalizar conductas y aminorar las penas, antes que a continuar con la ampliación de los catálogos de delitos.

6) Todos los instrumentos internacionales relacionados con los derechos fundamentales, se han preocupado de asentar el principio de que el objetivo primario de una sociedad es el respeto de esos derechos a sus integrantes. Es así como otros fines deben verse subordinados a éste.

Al respecto ver: Tercer Considerando y artículo 28.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por mencionar sólo los de aplicación universal.

Esta aproximación que debe hacerse a un concepto general de seguridad del Estado y de orden público resulta indispensable para la interpretación general de la legislación, la que en ningún caso puede ser obviada por los tribunales al momento de darle aplicación, pero ello no debe eximir de la obligación de especificar en forma más precisa el bien jurídico que se protege en cada una de las figuras delictuales en particular que sean contempladas, el que en todo caso debe concordar con el objetivo general que hemos enunciado.

c) Determinación del rol de los poderes público en esta materia.

Resulta importantísimo abordar de una forma coherente la función de los diversos poderes públicos frente a la seguridad del Estado. Como ya hemos resaltado, la defensa de ésta contempla como un factor primario el correcto desenvolvimiento de los componentes del mismo Estado.

El privilegio que tradicionalmente se le ha asignado al Ejecutivo en esta materia se ha traducido en una vulneración de este principio en dos órdenes diferentes: por un lado, al concebirse que la seguridad de la administración es la que debe protegerse, dejando en un plano muy secundario la de los otros poderes y, por otro, al asignársele al Poder Ejecutivo en forma exclusiva la labor de preocuparse de la defensa.

Esa es la razón por la que las disposiciones de seguridad, en su común interpretación, sólo tangencialmente se preocupan del respeto de los restantes poderes, al establecerse, por ejemplo, penas contra las inju-

rias a los parlamentarios, pero sin preocuparse realmente de la defensa de éstos en su totalidad.

Los atentados contra la función legislativa o judicial y la independencia de éstas, revisten en muchos casos una muy grave lesión a la seguridad del Estado que no puede olvidarse al momento de abordar este problema.

Igualmente, en la labor de defensa cada uno de los poderes debe cumplir un rol fundamental, que por lo demás les está asignado por la propia constitución.

De ese modo resulta inadmisibles que el Congreso delegue su función legislativa en el Ejecutivo en estas materias, por la mal entendida idea de que es éste quien puede apreciar con mayor claridad las circunstancias que pueden afectar la seguridad.

Por lo demás el Congreso no puede tampoco agotar su función en la dictación de las leyes necesarias a este respecto, puesto que él tiene importantes otras atribuciones de control que se hace indispensable sean ejercidas con prontitud y eficiencia en circunstancias que se esté haciendo uso de estos instrumentos. Recordemos que las facultades de control no sólo deben aplicarse sobre el Poder Ejecutivo, a través del juicio político, sino que también abarcan al Judicial, cuando los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia hayan hecho notable abandono de sus deberes.

Por otra parte, hemos visto con angustia la actitud del poder judicial que se excusa de ejercer sus facultades conservadoras, pro-

ectoras de los derechos humanos y que aplica la ley sometándose a las apreciaciones del Ejecutivo sin realizar una debida interpretación armónica de sus disposiciones y del sentido general de ella.

La errónea concepción del principio de separación de poderes que han elaborado nuestros tribunales, para excusarse de ejercer sus facultades en estas materias, alegando que implicarían interferir en las labores de gobierno que no les corresponde, no resiste mayor análisis. La función propia de ellos es juzgar y cada vez que velan por el cumplimiento de la constitución y las leyes, no hacen más que ejercerlas, no significando por ello que se estén inmiscuyendo en las funciones propias de otros poderes.

Lo que en definitiva sucede es que los tribunales no se reconocen asimismo como un Poder del Estado fundamental para la seguridad del mismo en estos aspectos.

Por la experiencia chilena de estos años quizás resultaría prudente estudiar la posibilidad de no dejarle enteramente entregada a los tribunales las facultades de velar por el respeto de los derechos humanos, e incluir otros órganos que ejerzan jurisdicción al respecto.

La experiencia del Ombudsman o Defensor del Pueblo ha sido tremendamente beneficiosa en otros países, en la medida que se trata de una institución independiente de la administración y otros poderes, pero con la facultad de representar en diversos órdenes las medidas contrarias a dichos derechos.

Pero podría irse más lejos aún y asumir frontalmente mecanismos diversos para la defensa de las prerrogativas fundamentales

y adoptarse, por ejemplo, el llamado sistema austríaco de protección preconizado por Kelsen, en el cual le es entregada esta importante misión a un Tribunal Constitucional, que por la calidad de sus miembros e inserción dentro del Estado, podría obrar con mayor independencia.

Obviamente estos elementos son factores a analizar con mayor profundidad, puesto que entrañan innumerables y complejos problemas por resolver, no siendo el menos importante la postura tradicional de nuestros tribunales, contraria al cercenamiento de sus facultades.

d) Solución al problema de los límites al pluralismo

Aparentemente se estaría llegando a un acuerdo en nuestro país en virtud del cual se estima conveniente, por razones de seguridad del sistema democrático, el sancionar conductas atentatorias contra el mismo. Es decir, se trata de dotar al sistema de mecanismos de reacción en contra de quienes -por sus acciones- tienden a su destrucción.

No nos referimos a otro tema que la ya vieja discusión causada por la inclusión en la Constitución de 1980 de su famoso artículo octavo. Obviamente esta norma es mayoritariamente rechazada por sancionar ideas más que conductas, aparte que su construcción es abiertamente autoritaria y deficiente en todos los aspectos (esto sin referirnos a la legislación que la complementa).

Pues bien, se ha escuchado la propuesta de

modificar dicho artículo de tal modo que se refiera exclusivamente a acciones (aunque esto no sea tan claro al contemplarse también los objetivos de las agrupaciones) y reducir drásticamente el ámbito de las sanciones. Tal es el contenido del acuerdo a que han llegado la Concertación de Partidos por la Democracia y Renovación Nacional⁷

Sin embargo, esta modificación igualmente deja a la disposición que fija los límites al pluralismo dentro de la Constitución, sometida a un régimen excepcionalísimo.

Creemos que en democracia este problema deberá ser replanteado desde la perspectiva de la seguridad del Estado y, como ello implica, conciliándolo con la doctrina de los derechos humanos y los límites a las restricciones que éstos pueden sufrir que anteriormente mencionábamos.

Pero, a nuestro juicio, fundamentalmente deberán cambiarse los mecanismos elegidos para sancionar a las conductas antisistema, puesto que no vemos razón alguna para excluirlos de la lógica propiamente penal si se estima que realmente se trata de delitos atentatorios en contra de la seguridad del Estado.

Estas conductas son las que por definición deberían ser incluidas en una legislación sobre seguridad del Estado y aplicarse en su juzgamiento todas las garantías tendientes al

pleno respeto de la persona humana. Si existe un mismo bien jurídico a defender, lo lógico es establecer una sola y uniforme legislación y que se sometan al juzgamiento de las diversas conductas a un idéntico procedimiento.

e) La titularidad de la acción

Resulta sumamente sintomático de la visión que se ha tenido tradicionalmente del ámbito de la seguridad del Estado, el apreciar a quienes se le confiere la titularidad de las acciones tendientes a reprimir las conductas contrarias a ella.

Como se aprecia en el artículo 26 de la Ley 12.927, sólo se les otorga la facultad de iniciar los procesos por infracciones a la Ley, al ministro del Interior y a los Intendentes respectivos, con la única excepción del senador, diputado o magistrado afectado por una injuria sancionada por el artículo 6º letra b).

De este modo, la posibilidad de dar comienzo al proceso tendiente a la sanción de estas conductas es resorte en forma prácticamente exclusiva del Poder Ejecutivo.

Ello se contradice frontalmente con la noción de seguridad del Estado que hemos esbozado. Nosotros la concebimos en su esencia como un problema de la sociedad toda, por lo que a todos nos compete su

7) Actualmente y luego del acuerdo llegado con el gobierno, esta propuesta se ha convertido en reforma constitucional aprobada plebiscitariamente en julio de 1989

defensa. Por ello es que no resulta lógico privar de la posibilidad de iniciar los procesos a los propios tribunales de oficio y, aún más, a los particulares en ejercicio de una acción pública.

Si se trata de delitos, y de aquéllos de gran connotación social, que no afectan únicamente al gobierno, debe existir una acción penal pública como es lo normal dentro de la legislación. Ello, por otra parte, impediría que fuese el gobierno quien juzgue previamente a quienes deben aplicárseles estas normas y a quienes no, tras el expediente de no denunciar a algunos que atentan contra estos bienes jurídicos. Recordemos que nada impide concebir al propio gobierno como un eventual elemento atentatorio contra la seguridad general del Estado.

Por lo mismo creemos que debe eliminarse la posibilidad de desistirse de las acciones entabladas, puesto que se trataría de acciones penales públicas, en que nadie es dueño del proceso como para poder disponer de él.

Así las cosas, si la autoridad, ya sea el Ejecutivo o el Congreso, estima prudente que por razones de tranquilidad social no sean sancionadas determinadas conductas, deberá esperar el resultado del proceso si éste ya se ha iniciado. Si la sentencia es

absolutoria, ningún problema se presentará. Si es condenatoria, podrán ejercer sus facultades ordinarias de dictar indultos particulares o generales y amnistías, en su caso, para lograr dicho fin.

En todo caso, nos parece de una mínima justicia que de no ser aceptado lo que postulamos y se mantenga la titularidad restringida al igual que la posibilidad del desistimiento, se introduzcan algunas modificaciones al respecto.

Primeramente debería ampliarse el catálogo de titulares de la acción, involucrando a todos los poderes públicos en ello. Con ese fin debería permitírseles a los parlamentarios ejercer esta acción, como asimismo a los jueces de oficio y al Defensor del pueblo, en el caso de incorporarse a la Constitución esta instancia.

Por otra parte, se hace necesario establecer que el desistimiento tenga siempre efectos generales. Es decir, en el caso de que sean varios los encausados por estos delitos, el desestimiento que se les haga siempre extensible a todos, aún cuando haya sido concedido tan sólo a algunos nominativamente, obteniendo siempre la totalidad de los procesados el consiguiente sobreseimiento por extinción de la responsabilidad penal.