

# ¿Igualdad jurídica en Chile?

**Mario Rojas Sepúlveda**

Profesor de Derecho Procesal Penal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

## I. Introducción

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo se ha propuesto reflexionar acerca del aporte de dos décadas de vigencia de la Constitución Política del Estado de 1980, de modo que, en ese contexto, se nos invita a considerar el tratamiento que recibe la igualdad jurídica en la hora actual, en Chile. Para cumplir con un encargo académico de esa magnitud, hemos considerado adecuado aludir, primero, a la igualdad como principio de justicia, segundo, a su configuración en la Carta Fundamental, y, finalmente, a su recepción empírica, desde que es esta última la que define la concreción del valor que la norma jurídica se limita a prescribir con pretensión imperativa, agotando, con esto último, su potencia: el saldo es cuestión de la realidad.

## II. La igualdad como principio de justicia

Escribía Aristóteles:<sup>1</sup> "Puesto que el injusto es desigual y lo injusto es desigual, y éste es lo igual, porque en toda acción en que se da lo más y lo menos se da también lo igual. Por tanto, si lo injusto es desigual, lo justo es también igual, cosa que, sin necesidad de razonamiento, todos admiten", porque es, como anota Rawls,<sup>2</sup> de "sentido común". Y escribía Hart,<sup>3</sup> finalizando el siglo XX: "El principio general latente en estas diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido

<sup>1</sup> *Ética a Nicómaco*, Clásicos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, página 74.

<sup>2</sup> *Teoría de la Justicia*, Editorial Fondo de Cultura Económica, página 557.

<sup>3</sup> *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, página 198.

cuando ha sido alterado. Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un equilibrio o proporción y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: 'tratar los casos semejantes de la misma manera'; aunque es necesario añadir: 'y tratar los casos diferentes de diferente manera'".

La idea de igualdad es, por ende, enteramente inescindible de la idea de justicia, aquélla como base y principio de ésta. Si he entregado un bien en arrendamiento a plazo fijo y el contrato termina por causa imputable al arrendatario, podrá discutirse si, en lo atinente al derecho a percibir el valor de la renta hasta la terminación predispuesta como normal, esto es, hasta el vencimiento del plazo, la solución que proporciona el art. 1945 CC es o no, en perspectiva de equidad, la apropiada. Pero es indiscutible la injusticia repugnante de que el medio jurídico me entregue esa solución, y, a otro arrendador, puesto en el mismo caso, una diversa. Es este argumento, de carácter espiritual o idealista, en la terminología de Dworkin<sup>4</sup> –prejurídica para las concepciones positivistas–, el que, en último término, justifica la cultura que, en el Common Law, se edifica sobre la regla *stare decisis*, que, como dijo Louis Brandeis, miembro de la Suprema Corte de Estados Unidos,<sup>5</sup> "es habitualmente la política judicial sabia, porque en la mayor parte de las materias resulta más importante que la norma de derecho se encuentre *firmemente* establecida, en vez de encontrarse *correctamente* establecida".

La igualdad jurídica, como expresa Dworkin,<sup>6</sup> a propósito de la Enmienda Decimocuarta a la Constitución de Estados Unidos, que estableció la llamada Cláusula de Igual Protección, consiste, en esencia, en "el derecho a ser tratado como igual, que no es el derecho a recibir la misma distribución de una carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera", de modo que de éste es un simple derivado de "el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una igual distribución de oportunidades, recursos o cargas", igual distribución que, así entendido, no siempre tiene lugar, como demuestra el claro ejemplo del Profesor de Oxford: "Si tengo dos hijos y uno se está muriendo de una enfermedad que apenas llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz la decisión de cuál ha de recibir la última dosis de medicina".

Así, el "derecho a ser tratado como igual" conduce al derecho a "igual tratamiento" en evento de "igual situación", de modo que resta por saber cuándo una y otra situación son "desiguales", en términos que puedan llevar, lícita-

<sup>4</sup> *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, páginas 327 y ss.

<sup>5</sup> Cit. en *El Common Law*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, página 93.

<sup>6</sup> Obra cit., página 332.

mente, a "desigual tratamiento". No puede utilizarse, desde luego, un criterio de identidad o diferenciación absoluta, para permitir, en derecho, clasificar situaciones distintas como "iguales" o "desiguales", sino que debe acudir a la idea de la identidad o diferenciación "relevante" desde la óptica de las normas y principios constitucionales y de la finalidad de la regla bajo examen, ideas que han originado una copiosa doctrina y, en otros ordenamientos jurídicos, más avanzados, también una interesante jurisprudencia.<sup>7</sup>

Así, en síntesis, una cultura jurídica justa es, necesariamente, igualitaria; una cultura jurídica es igualitaria cuando asigna la misma consecuencia a situaciones iguales; las situaciones son iguales cuando, entre ellas, en términos comparativos, no concurre diferencia *relevante*; y es diferencia *relevante* aquella que, no estando prohibida por las normas constitucionales y no siendo contraria a sus principios básicos, implica una diversidad *incidente en la finalidad de la regla*. Por lo mismo, una cultura jurídica que no se está a tales pautas, es injusta. ¿Qué ocurre en Chile? ¿Qué aporte normativo emana de la Constitución Política del Estado de 1980? De haberlo, ¿cómo ha sido aprovechado o desaprovechado por los Poderes Públicos, y, entre éstos, por el Poder Judicial? ¿Es justa la cultura jurídica chilena? A una respuesta a estas inquietudes dedicamos las reflexiones que siguen.

### III. La igualdad como norma

El Profesor Gastón Gómez Bernal, <sup>8</sup> recientemente, ha revisado el catálogo normativo de la igualdad jurídica, a partir del Reglamento Provisorio de 1812, de modo que, a partir de la cita, es excusada la reproducción. Como se advierte de su adecuado análisis, puede constatarse la permanente preocupación del constituyente, en aproximaciones sucesivamente perfeccionadas, al establecimiento de la igualdad como regla, con énfasis en el principio de *generalidad* de la norma, destacado por la doctrina durante la vigencia de las Constituciones Políticas de 1833 y 1925. Como se sabe, "la generalización implica el deseo de comprender, dentro de una proposición, una pluralidad de casos posibles", y, para ello, se auxilia de la abstracción, que "indica una cierta capacidad para describir la pluralidad a través de sus rasgos más característicos y para configurarla como una simple hipótesis de trabajo".<sup>9</sup> El principio de generalidad, exigido por "un afán de seguridad y previsibilidad",<sup>10</sup> qué duda cabe, aporta a la igualdad,

<sup>7</sup> Ver, por ejemplo, Quijano, Alvaro, *La Jurisprudencia ante La Constitución*, Editorial Alfonso X, páginas 143 y ss, y Gómez, Gastón, *El Principio de Igualdad Constitucional*, en *20 Años de la Constitución Chilena*, Editorial Conosur, páginas 165 y ss.

<sup>8</sup> Idem, páginas 173 y ss.

<sup>9</sup> Díez-Picazo, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, página 182.

<sup>10</sup> Díez-Picazo, Luis, ídem.

precisamente porque abre *la probabilidad razonable de predeterminar la consecuencia jurídica* de una u otra conducta, propia o ajena, sobre la base de una pauta conocida y aplicable, de la misma manera, a todo quien se encuentre en una "situación igual".

La Constitución Política de 1980 recoge la igualdad de origen, la igualdad de oportunidades como objetivo de la acción estatal, y la igualdad de trato. Empero, en mi concepto, carente por cierto de originalidad, la igualdad jurídica recibió de la obra normativa del constituyente de 1980, en lo fundamental, dos aportes.

En primer lugar, el art. 19, numeral 2°, establece perentoriamente la interdicción de toda *discriminación arbitraria*, incluyéndose en esta última categoría la que pueda provenir del Poder Legislativo en la generación de la norma. Esta innovación surgió de la inquietud del profesor Alejandro Silva Bascuñán,<sup>11</sup> cuyas palabras, pese a su conocimiento común en el medio jurídico, es siempre recomendable transcribir, no sólo en cuanto homenaje al comisionado, sino, además, a objeto de asegurar un correcto entendimiento: "Le parece que la igualdad puede considerarse en dos aspectos. Uno de ellos es que por ningún motivo sociológico –por decir así– se haga distinciones entre las personas. En este sentido se ha sostenido clásicamente la igualdad ante la ley, en cuanto a que, ante el derecho, todas las personas tengan, en razón de raza, sexo, estirpe, condición u otra, el mismo trato. Pero, a su juicio, hay otro aspecto que debe expresar el texto constitucional y que está comprendido substancialmente en el principio de igualdad ante la ley, que es que *el constituyente tiene que asegurar que, incluso sobre la base de respetarla en el primer sentido, ninguna autoridad, ni siquiera el legislador, haga distinciones o discriminaciones manifiesta y notoriamente arbitrarias*. Si la igualdad ante la ley se refiere –como hasta el momento lo ha entendido la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema– nada más que al hecho de que frente a la ley todas las personas tienen igual naturaleza y que no pueden hacerse diferencias a su respecto en cuanto a raza, clase social, sexo, etc., le parece que no queda suficientemente resguardada, aun cuando estima básico e indispensable mantener esto último. La igualdad ante la ley debe ser concretada por el Constituyente para que ninguna autoridad ni persona que conviva dentro de la sociedad política pueda actuar estableciendo discriminaciones notoriamente arbitrarias, sin base racional, porque el legislador no puede estimarse absolutamente soberano para implantarlas".

En segundo lugar, junto con perfeccionar el derecho a la igualdad jurídica, como se acaba de decir, en el numeral 2° del art. 19, el Constituyente de

<sup>11</sup> Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Sesión N° 93.

1980 asignó, para el evento de privación, perturbación o amenaza, en el artículo 20, la acción judicial y sumaria de protección constitucional. De este modo, la prohibición de la arbitrariedad en la discriminación quedó transformada en lo que Zolo,<sup>12</sup> sobre la base de Kelsen, llama un derecho *justiciable*, o en lo que Ferrajoli, más modernamente, llama un derecho dotado de *garantía secundaria*, es decir, accionable en juicio.<sup>13</sup> El aporte no es menor, desde que “un derecho formalmente reconocido, pero no *justiciable* –es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos– es *tout court* un derecho inexistente”.<sup>14</sup>

#### IV. La desigualdad como experiencia

Con todo, la cuestión normativa no agota el problema de resolver acerca de si la chilena es, o no, una cultura jurídica igualitaria, y, por ello mismo, justa. Más que ello, la cuestión normativa no es decisiva en esta óptica. El asunto central, en este orden, es neta y únicamente empírico: ¿tiene vivencia la igualdad jurídica en la praxis? Los letrados tenemos tendencias peligrosamente deformadoras cuando limitamos el derecho a la perspectiva normativa; siguiéndolas inadvertidamente, al comenzar mis *Apuntes de Derecho Procesal Penal*, preparados para la Universidad del Desarrollo, digo que el derecho es un fenómeno *esencialmente normativo*. Empero, como enseña Philippe Jestaz,<sup>15</sup> profesor de la Universidad de París XII, tratando acerca del asunto de la ineficacia de la juridicidad normativa: “Aun si los juristas tratan de erigirlo en una construcción intelectual capaz de seducir por sí misma, el derecho no vale –¡ni qué decirlo!– más que por su aplicación práctica. ¿De qué serviría grabar en mármol leyes que permaneciesen letra muerta?”. Tratemos, pues, de la igualdad jurídica en perspectiva de realidad.

##### IV.1. La desigualdad en la ley

En lo normativo, como quedó antes dicho, radica aquí uno de los grandes aportes de la Constitución de 1980, en cuanto asegura a todas las personas el derecho a la igualdad en la generación, entre otras, de la norma que construye el Poder Legislativo con criterio de *generalidad* y con auxilio de la *abstracción*. Es cierto, como también quedó referido al tratar de la igualdad como principio de justicia, que “el derecho a ser tratado como igual,

<sup>12</sup> Cit. en Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid 2001, página 28.

<sup>13</sup> Obra cit., página 28.

<sup>14</sup> Zolo, *idem*.

<sup>15</sup> *El Derecho*, Editorial Jurídica, página 79.

no es el derecho a recibir la misma distribución de una carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera, de modo que de éste es un derivado el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una igual distribución de oportunidades, recursos o cargas, igual distribución que, así entendido, no siempre tiene lugar”, puesto que sólo corresponde en evento de *igual situación*. Por ende, corresponde al Poder Legislativo, al generar la norma legal, diferenciar las consecuencias jurídicas que asigna a determinados presupuestos de hecho, *en función de distinciones entre éstos, relevantes a la finalidad de la regulación, que no sean contrarias a las normas y principios constitucionales*.

El aporte del constituyente de 1980 consiste en el establecimiento de la ineficacia jurídica de la arbitrariedad en la discriminación legislativa, siendo ésta, anota Gómez Bernal, <sup>16</sup> la que “no tiene justificación objetiva y razonable”, porque “la finalidad real y verdadera de la norma y no la meramente expresada en ella no tiene asidero racional, ya porque es desproporcionada para el fin que se persigue o porque este último no es un objetivo legítimo, esto es, constitucionalmente admitido”.

Vamos, ahora, a la praxis. Me parece que debemos distinguir, en esta línea de análisis, dos clases de normas legales: las que, en razón de su contenido y modo de aplicación, en cuanto no obran en medio de conflictos intersubjetivos concretos, no arriban normalmente al examen jurisdiccional, y las que, a la inversa, en función de los mismos factores, sí pueden ser objeto de ese tamiz.

Buen ejemplo de la primera clase son las normas legales que conceden privilegios exorbitantes a un grupo reducido de personas, encubiertos bajo una categoría de generalidad, aunque sujeta ésta a diversas restricciones, privilegios que otorga directamente el Estado –cuyos intereses definen los Poderes Ejecutivo y Legislador–, de modo que no hay posibilidad práctica de conflicto intersubjetivo judicial, ni competencia preventiva del Tribunal Constitucional, como es el caso de las leyes que han otorgado el derecho patrimonial a ingentes sumas de dinero, entre todos los servidores de la sociedad, a algunos Ministros de la Corte Suprema que se han retirado del Poder Judicial. En este orden, la prohibición de la arbitrariedad en la discriminación, en términos empíricos, no es más que un consejo al Poder Legislativo, entregado absolutamente a la conciencia de los parlamentarios, puesto que el privilegio se confiere, concreta y agota, de modo enteramente ajeno al examen judicial de eventual arbitrariedad en la discriminación que aquél implica. La cuestión de la eventualidad práctica del conflicto intersubjetivo concreto, que depende de las particularidades contin-

<sup>16</sup> Cit., página 180.

gentes de cada caso, hace aquí la diferencia. Porque distinto fue el caso de los privilegios previsionales otorgados por norma legal, pero con cargo a la Caja Nacional de Empleados Públicos, puesto que ésta, a través del Consejo de Defensa del Estado, pudo reclamar de la desigualdad que aquélla implicaba, entregando el asunto a la revisión de la Corte Suprema en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.<sup>17</sup>

Así, tratándose de discriminaciones que, en los hechos, no son judiciales, la igualdad jurídica en Chile es, simplemente, una entelequia, que es particularmente dolorosa y grave en aquellos eventos en que, además, los agentes públicos a quienes se ha confiado la preparación de la ley acuden a la invención de categorías de generalización y abstracción, de mera palabrería, para resolver cuestiones particulares a favor o en contra de grupos particulares, a vista y paciencia de la ciudadanía, como ha sido el caso de la última modificación de nuestra normativa electoral,<sup>18</sup> que ha solucionado un problema puntual de un sector político específico, pero poderoso. Así, en cuanto a esta clase de normas legales, el aporte del Constituyente de 1980 carece de concreción en la realidad, a menos que opere como pauta de recepción en conciencia.

En principio, es distinto el caso de las normas legales que actúan en medio de la eventualidad de conflictos intersubjetivos concretos, las que, por lo mismo, son judiciales, porque, en este evento, es al Poder Judicial al que compete aplicar, si corresponde, la prohibición de arbitrariedad en la discriminación, evaluando la razonabilidad de la diferenciación de trato otorgada por el Poder Legislativo, sobre la base de los criterios de examen que han sido ya abordados sucintamente. En efecto, si con arreglo al principio de legalidad dispuesto categóricamente por el Constituyente en los arts. 5°, 6° y 7°, la norma constitucional obliga imperativamente a todos los órganos del Estado, es de toda evidencia que, en caso de conflicto, al Poder Judicial le es entregada la facultad de evaluar tales factores en una norma legal específica, por vía de examen de constitucionalidad de la ley. Puede discutirse si es ésta una facultad atribuida también a los jueces del fondo, en razón del principio constitucional de jerarquía de fuentes de

<sup>17</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 65, Parte Segunda, Sección Primera, página 183.

<sup>18</sup> La iniciativa legal del Presidente de la República fue preparada un día lunes y aprobada por las dos Cámaras, en Comisiones y Salas, en el lapso de nueve horas de un día martes, a lo que se agregó al aprobación del Tribunal Constitucional del mismo día martes. En otro orden, relativamente a lo mismo, si se revisa el debate parlamentario, p. ej., el discurso del diputado Pablo Longueira, puede advertirse, a lo menos, un planteamiento sincero del asunto, en cuanto se admite que se utiliza la norma legal para resolver un problema puntual. No puedo concordar en ese criterio, desde que la generalidad, abstracción e imperatividad de la ley es, en mi concepto, un bien institucional mayor. Empero, si se revisa, en comparación, el Mensaje del Presidente de la República, se advierte no sólo ese mal, sino, adicionalmente, un tratamiento insincero del asunto.

derecho, opinión que comparto, o si se trata de una facultad exclusiva de la Corte Suprema, que puede conocer y decidir por vía de inaplicabilidad, con arreglo al art. 80,<sup>19</sup> pero no es discutible la facultad judicial de ponderación y decisión, puesto que tal ha sido el criterio del Constituyente.

De modo que debiéramos expresar, en la perspectiva normativa, que el aporte a la justicia de la Constitución de 1980 ha sido enorme. Lamentablemente, la afirmación es de principio y no de praxis, porque se oponen a ésta las tradiciones jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema, que, casi siempre, e insertándose en los rasgos propios de nuestra cultura jurídica, se inhibe del análisis en profundidad de la evaluación de razonabilidad del trato diferenciado que emana del Poder Legislativo. El lector puede acudir, a este efecto y con provecho, a los análisis que, de la jurisprudencia suprema, han realizado Gómez Bernales y Quijano Fernández.<sup>20</sup> En síntesis, la constante doctrina judicial anterior a la Carta de 1980, elaborada durante los siglos XIX y XX, se resume nítidamente en un fallo de la Corte Suprema, precitado, de 15 de mayo de 1968: "El principio de igualdad ante la ley no es obstáculo para que el legislador pueda contemplar circunstancias especiales que afecten a ciertos sectores o grupos de personas y darles tratamientos diferentes de los que gozan otros, siempre que las reglas obliguen a todos los que están en la misma condición o situación". Nuestro más alto tribunal permanentemente se abstuvo de otorgar profundidad concreta y real a la igualdad jurídica, que en la Constitución de 1925 no era sólo un principio, sino una norma jurídica suprema, del que la directriz igualitaria, adicionalmente, podía deducirse y aplicarse a todo ámbito de derecho.

Fue esta inhibición, como se dijo antes, la que condujo a la prohibición expresa de la arbitrariedad discriminatoria en la Constitución de 1980, a indicación del constitucionalista señor Silva Bascuñán, expresión de regla que permitía augurar una línea jurisprudencial diversa en lo sucesivo. La praxis de las dos décadas que aquí se examinan, desdichadamente, ha demostrado nítidamente que la idiosincrasia judicial, en este orden inhibicionista, suele superar las expresiones normativas nuevas y las consiguientes esperanzas de cambios profundos en la realidad. Si se revisan los fallos de la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad, resulta evidente que el único cambio de la jurisprudencia ha consistido en que, antes de la innovación constitucional, se limitaba, para rechazar los recursos, a constatar la diferenciación de trato para categorías de situaciones diversas, en tanto que actualmente, a más de ello, describe la idea que, en el pensa-

<sup>19</sup> Se trata de problema del mayor interés, que no ha tenido en Chile una solución clara. Con todo, no es tema de estas líneas.

<sup>20</sup> Ver, respectivamente, *El Principio de Igualdad Constitucional*, en *20 Años de la Constitución Chilena*, Editorial Conosur, y *La Jurisprudencia ante la Constitución*, Editorial Alfonso X.

miento legislativo, ha justificado la distinción de consecuencias jurídicas, agregando que tal idea sólo viola la igualdad jurídica si “es contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual”,<sup>21</sup> criterio que, en el actual estado de la ciencia jurídica y en lo que hace al principio de relevancia, parece extremadamente poco exigente; es más, incluso en el contexto de tal criterio, los fallos evidencian meras afirmaciones de haberse razonado con normalidad y sin violación de la ética fundamental por el Poder Legislativo. En mi opinión, entonces, el aporte normativo del Constituyente de 1980 no se ha traducido en una praxis positiva, probablemente en razón de una inclinación humana del Poder Judicial a aceptar, sin crítica exigente, los criterios del Poder Político.

## IV.2. La desigualdad ante la ley

Generada la norma legal, sobreviene el fenómeno de aplicación a los sujetos que se encuentran cubiertos, sobre la base de sus respectivas situaciones, por las diversas hipótesis de hecho comprendidas en aquélla, de modo de generar la regla particular vinculante. Se trata, desde luego, de un fenómeno extremadamente complejo, puesto que, entre otras dificultades –como la del enjuiciamiento del hecho–, la norma se expresa, usualmente, en el lenguaje natural, que admite casi siempre, como dice Larenz,<sup>22</sup> una pluralidad de “sentidos posibles”, de modo que se configuran, en la terminología de Hart,<sup>23</sup> “normas abiertas”, cuestión evidente a todo operador jurídico, aunque Dworkin<sup>24</sup> pretende, más recientemente, circunscribir a criterios justificadores mínimos, extraídos a partir del propio ordenamiento, la respuesta judicial lícita.

De esto surge, en mi concepto, la más grave y menos abordada de las fuentes de desigualdad en el trato jurídico de la praxis cotidiana. A propósito de la preparación de mis *Apuntes de Derecho Procesal Penal* para la Universidad del Desarrollo, precitados, he tenido oportunidad de revisar acuciosamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de las últimas tres décadas del Siglo XX, con énfasis en los pronunciamientos de casación, resultando muy fácil advertir una contradictoriedad extraordinariamente sorprendente, que no tiene lugar sólo entre integraciones diversas, sino, también, entre unos mismos ministros, por ejemplo, entre muchísimos, para citar uno solo, en cuanto a la oportunidad y modo en que el proceso penal puede terminar por causa de constatación de excusa legal absolutoria.

<sup>21</sup> *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 88, Parte Segunda, Sección Quinta, página 178.

<sup>22</sup> *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, páginas 308 y ss.

<sup>23</sup> Obra cit., páginas 155 y ss.

<sup>24</sup> Obra cit., páginas 146 y ss.

Podría pensarse que esto es propio de un sistema jurídico que, diferenciándose del Common Law y de la fórmula de *stare decisis* como la *política judicial habitualmente sabia*, privilegia la respuesta presuntamente *correcta* sobre la respuesta *firmemente establecida y por ende segura y previsible*. Sin embargo, aun en ese privilegio conceptual, una jurisprudencia respetuosa de la igualdad jurídica y, por lo mismo, de la justicia, que acatare el mandato constitucional igualatorio, advirtiendo la iniquidad del trato diverso frente a situaciones iguales, debiera, a lo menos, preocuparse de justificar con *argumentos fuertes* las evoluciones en los pareceres judiciales, conducta que no se advierte, de ninguna manera, en los fallos penales analizados, cuya cita puede encontrarse en los *Apuntes* mencionados. Esta preocupación no se advierte ni siquiera en los casos en que los pronunciamientos dispares provienen de similares integraciones.

En una óptica empírica, la lectura de las sentencias demuestra que los magistrados, psicológicamente, cuando conocen y deciden un caso, buscan y entregan la respuesta que estiman más *justa* desde el punto de vista de las particularidades de éste, *teniéndolo in mens* con singularidad y abstracción del daño que la diversidad de dictámenes provoca a la seguridad jurídica, a la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de conductas propias o ajenas, y, con ello, a la igualdad de trato como base de toda concepción de justicia.

He oído muchas veces defender esta política judicial, sobre la base de decir que la función del Juez es la de encontrar la solución "justa" de cada caso específico, de modo que ella pasa por aplicar las normas de un modo adecuado a esa solución, suponiéndose que ésta es "equitativa". Debo admitir que estas explicaciones no me convencen, en absoluto, no sólo porque otorgan a la función judicial un alcance potestativo que, en cuanto supralegal, evidentemente no tiene, sino fundamentalmente porque la definición de cada caso específico, sin sujeción a los marcos interpretativos que se han sostenido precedentemente y *sin una justificación fuerte y razonable del cambio hermenéutico*, destruye la igualdad jurídica que viene asegurada por la Constitución Política, y que, más que ello, es base de justicia, cuestión que, en mi concepto, se desprecia en la praxis.

Empero, el entendimiento que vengo criticando se encuentra en la base de la cultura jurídica chilena. Cada juez se siente enteramente libre para enjuiciar cada caso y, salvo el vínculo normativo, lo es, desde luego. Pero si esa libertad puede entenderse en un sentido que culmine en que la situación de cada persona quede decidida en función del criterio puntual del magistrado que en suerte corresponda, o, peor aún, del entendimiento que a éste un día u otro le asista, entonces a mí me parece muy claro que la igualdad jurídica, en Chile, es una quimera constitucionalizada. Y es mejor admitirlo así al formular un juicio de realidad.