

**REVISTA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD
ADOLFO IBÁÑEZ**

NUMERO I: 2004

**COMENTARIO DE LA
JURISPRUDENCIA DEL
AÑO 2003**

**CORTE SUPREMA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

LA LEY PENAL
ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

De las diversas sentencias dictadas por la Corte Suprema en materia de derecho penal durante el año 2003, seis de ellas recayeron sobre cuestiones de aplicabilidad de la ley penal. Tres sentencias se refieren a problemas de la aplicación retroactiva de la ley penal. Estas sentencias son comentadas en esta sección. Otras tres sentencias se refieren a aspectos de la institución de la extradición pasiva; éstas son comentadas en la sección relativa al derecho internacional público.

Junto a las sentencias antedichas, son examinadas en esta sección cinco sentencias recaídas acerca de la cuestión de la aplicabilidad del DL 2191, de 1978, que otorgó amnistía a delitos cometidos entre los años 1973 y 1978. Si bien la institución de la amnistía puede ser considerada un aspecto más bien relacionado con la institución de la pena que con la ley penal, la naturaleza de los problemas implicados en estos casos hace recomendable su análisis en este lugar; pues en lo esencial esos problemas se refieren a cuestiones de aplicabilidad y validez de esa ley de amnistía.

ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

De las tres sentencias relativas a la aplicación retroactiva de la ley penal, dos de ellas se refieren a la aplicación de la ley intermedia como ley penal más favorable. La restante recae sobre un caso particularmente problemático de consideración de cuál de las leyes susceptibles de aplicación es la más favorable.

En los casos *contra Arrué Vicencio* y *contra González Guzmán* la Corte Suprema aplica las normas establecidas en la ley 19450 para determinar la pena aplicable al acusado en función del valor del objeto material de la acción punible, que en un caso era constitutiva de hurto (arts. 432 y 436 CP) y en el segundo, de malversación dolosa de apropiación (art. 233 CP). Esto, en circunstancias que en ambos casos el delito fue cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19450 y las sentencias de la Corte Suprema fueron dictadas con posterioridad a su derogación. Se trata, pues, de un caso de aplicación con efecto retroactivo de una ley penal derogada¹. Este caso es denominado por la doctrina penal como "ley penal intermedia", cuya aplicación imperativa – se sostiene – sería consecuencia del principio de favorabilidad, esto es, del deber de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable.

El deber de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable se encuentra establecido en el inciso 2º del artículo 18 del Código Penal. La Corte Suprema sostiene que ese deber se encuentra establecido además en el inciso 7º del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política (*contra Arrué Vicencio*, c. 4 sent. cas; *contra González Guzmán*, sent. reemp. c. 3). Esta aseveración, ampliamente difundida en la jurisprudencia y doctrina nacionales, no es correcta.

El artículo 19 N° 3 inciso 7º de la Constitución Política dispone: "Ningún delito se castigará con otra pena que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado". La disposición constitucional establece la garantía de *nullum crimen nulla poena sine lege previa*, derivada del principio de legalidad. Esta garantía consiste en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal. Junto con ello, la disposición constitucional exceptúa de esa prohibición a las leyes más favorables, precisando de ese modo que la garantía se refiere sólo a las leyes desfavorables. En tanto excepción a una prohibición, la aplicación retroactiva de leyes penales favorables se encuentra a lo más autorizada por la Constitución. La Constitución permite la retroactividad de la ley penal más favorable, pero no la impone.

La interpretación anterior no obedece tan sólo a razones sistemáticas, sino que se encuentra también respaldada por la historia fidedigna del establecimiento de la disposición. En la Constitución de 1925, el principio de legalidad se encontraba consagrado en su artículo 11: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio". En vez de mantener esta disposición, la comisión de estudios de la nueva constitución optó por incorporar en el texto constitucional la disposición del Código Penal. En un principio, decidió incorporar tanto el inciso 1º como el inciso 2º del artículo 18 del Código Penal, este último, en su versión anterior a la modificación introducida por la ley 17727³. Luego se discutió si incorporar o no al texto constitucional el alcance de la modificación

1 La aplicación de la ley penal derogada es admisible, dependiendo de las reglas del sistema, con tal que el hecho a que se aplica haya acaecido con anterioridad al término de su vigencia. Si el hecho acaece con posterioridad, la ley derogada le es por definición inaplicable: en eso consiste el efecto de la derogación. Por lo tanto, es indispensable distinguir dos sentidos de la ultractividad de la ley. Por una parte, se tiene la ultractividad en relación al hecho, es decir, la aplicación de una ley derogada a un hecho acaecido después de su derogación, y por otra parte, la ultractividad en relación a la sentencia pero no al hecho, es decir, la aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos antes de su derogación. Para distinguir esta segunda forma de ultractividad, propongo denominarla "preteractividad". En los casos que se examina, la Corte Suprema afirma la existencia en el derecho chileno de una regla que ordena la aplicación de una ley derogada a un hecho acaecido antes de su entrada en vigencia. O sea, de una regla que ordena la aplicación preteractiva con efectos retroactivos.

2 La disposición procede del art. 133 de la Constitución de 1833. La disposición respectiva en la Constitución de 1888 era el art. 15, del siguiente tenor: "Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Esta, en ningún caso, podrá tener efecto retroactivo".

3 En su versión original, el inc. 2º del art. 18 CP establecía como límite temporal máximo para la aplicación retroactiva de la ley más favorable el momento de la dictación de la sentencia de término. El efecto de cosa juzgada tenía, por lo tanto, prioridad sobre la consideración de la ley posterior más favorable. La ley 17727 introdujo la redacción actualmente vigente del inc. 2º, que ordena la aplicación retroactiva de la ley más favorable incluso con posterioridad a la sentencia de término, alterando el efecto de cosa juzgada a favor del condenado.

introducida por esa ley. Posteriormente, se acordó prescindir del inciso 2º, y simplemente establecer en un mismo inciso tanto la prohibición de retroactividad de la ley penal como su excepción para el caso de una ley más favorable. El fundamento de este cambio se encuentra en la siguiente intervención:

El señor Guzmán insiste en que no corresponde a la Constitución consagrar un precepto tan preciso sobre este particular, ya que ello es materia de ley. Lo que corresponde, simplemente, es agregar una frase que le abra al legislador esta posibilidad. Porque, de acuerdo con la nueva redacción que se le está dando al precepto, podría entenderse que una disposición semejante a la del artículo 18 del Código Penal es inconstitucional. Entiende que lo que se pretende es, simplemente, abrir al legislador la posibilidad de que reglamente esta disposición. Pero le parece que una disposición tan detallada y extensa para este precepto es completamente innecesaria en la Constitución⁴.

Como se puede observar, la redacción de la disposición constitucional obedeció a dos propósitos. Por una parte, se estimó que no era materia propia de la Constitución la regulación detallada del principio de favorabilidad. Esto debe entenderse, a la luz del debate habido en la comisión y de la evolución de la legislación penal, en el sentido de dejar a cargo del legislador la cuestión de si los efectos de la favorabilidad podían prevalecer sobre el efecto de cosa juzgada o si debían someterse. Por otra parte, se estimó que la Constitución debía limitarse a permitir al legislador establecer el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, eliminando la posible interpretación de la primera parte de la disposición como una prohibición absoluta de retroactividad de la ley penal. Con esto se hacía referencia a una de las dificultades interpretativas suscitadas por el artículo 11 de la Constitución de 1925. Dado que esa disposición parecía establecer una prohibición absoluta de aplicación retroactiva de la ley penal, el inciso 2º del artículo 18 del Código Penal parecía ser constitucionalmente cuestionable. En este segundo sentido, la intervención demuestra que la Constitución se limitó a autorizar el efecto retroactivo de la ley penal más favorable, esclareciendo que ello no contradecía la garantía derivada del principio de legalidad. En conclusión: el deber de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable no se encuentra establecido en la Constitución. En el nivel del derecho interno chileno, dicho deber sólo tiene rango legal⁵.

La interpretación que se defiende es además consistente con la diferencia que existe entre los fundamentos de justicia política de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable y los fundamentos del deber de

4 *Actas oficiales de la comisión constituyente*, sesión 137 (10 de abril de 1975) p. 11.

5 En el nivel del derecho internacional vinculante para el Estado de Chile sí tiene concreción el principio de favorabilidad. El art. 15, N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos disponen lo siguiente: "Si, con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". La cuestión de la incidencia de esta norma en la prerrogativa de decisión del legislador acerca del efecto retroactivo de la ley más favorable requiere ulterior precisión. Dicha tarea, sin embargo, no es pertinente en el presente contexto. La cuestión planteada en los casos aquí examinados se refiere a los deberes que el principio de favorabilidad impone al juez, y no al legislador. En relación con el juez, la norma de las convenciones internacionales no tiene incidencia sustantiva más allá de los efectos del art. 18 CP.

aplicación retroactiva de la ley penal favorable. El hecho de que por lo general se los trate conjuntamente obedece a que ambos son criterios de aplicabilidad temporal de la ley penal. Pero eso no significa que obedezcan a un mismo fundamento de justicia política. La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es, como se ha dicho, una de las concreciones del principio de legalidad. El deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es una concreción del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad⁶. Su fundamento se encuentra en una exigencia de congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena (condena, sentencia) y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena, expresada en la ley. No se trata de garantizar la legitimidad de la decisión judicial mediante su vinculación a la ley. Eso se logra exigiendo la aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho, tal como lo hace el inciso 1º del artículo 18 del Código Penal. Lo que busca el principio de favorabilidad es una congruencia material — y no formal — de la reacción punitiva judicial con la medida legal de merecimiento y necesidad de pena. Una modificación legal que despenaliza un comportamiento o reduce la pena aplicable, implica un reconocimiento de la total falta de merecimiento o necesidad de pena de ese comportamiento, o de un menor merecimiento o de una menor necesidad de pena. Ello conlleva una redefinición de la medida en que esa pena es un medio adecuado, necesario y proporcionado para lograr los fines que la legitiman. Bajo esa redefinición, una reacción punitiva judicial que sobrepase esa nueva medida debe ser considerada como excesiva. Ese exceso implica una infracción al principio de proporcionalidad. Esta diferencia de fundamentos hace enteramente razonable que una disposición constitucional cuya finalidad es establecer la garantía derivada del principio de legalidad no establezca al mismo tiempo el principio de favorabilidad⁷.

De todo lo dicho se deduce que la vigencia de la ley más favorable al momento de su aplicación retroactiva es un presupuesto del principio de favorabilidad. Si su fundamento se encuentra en la prohibición de exceso judicial por sobre la medida legislativa de merecimiento y necesidad de la pena, es imprescindible que esa medida legislativa se encuentre vigente. Por esta razón, el principio de favorabilidad no justifica por sí solo la aplicación de la

⁶ Sobre el principio de proporcionalidad, véase *infra*, pp. 320ss, a propósito de la jurisprudencia recaída sobre el art. 45º inc. 1º CP, que ordena sancionar la tentativa de robo con la pena del robo consumado.

⁷ Esto no significa que el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable carezca de apoyo institucional en el derecho constitucional. Ese apoyo se encuentra en el principio de proporcionalidad, ni más ni menos. Esta distinción es importante, porque el principio de proporcionalidad admite para el legislador un considerable margen de prerrogativa de decisión en lo que respecta a las consideraciones de adecuación, necesidad y ponderación de intereses. Ese margen no existe tratándose de la garantía de *lex praevia*, cuya operatividad es binaria: la aplicación de una ley penal desfavorable es o no retroactiva, y si lo es, resulta inconstitucional en todos los casos posibles. No hay casos legítimamente excluidos del alcance de la prohibición de efecto retroactivo de la ley penal desfavorable. En cambio, la cuestión si hay casos legítimamente excluidos del alcance del deber de aplicación retroactiva de la ley penal favorable es una cuestión abierta. De hecho, la categoría de leyes que la doctrina penal denomina "leyes temporales" es precisamente eso: un caso no cubierto por el principio de favorabilidad.

ley intermedia. La ley intermedia es una ley más favorable posterior al hecho, que ya no se encuentra vigente al momento de su aplicación retroactiva. Su pérdida de vigencia acarrea su impertinencia como medida del merecimiento y la necesidad de la pena en el sentido del principio de proporcionalidad. En un caso de cambio sucesivo de leyes penales, por lo tanto, sólo cabría comparar la ley vigente al momento del hecho y la ley vigente al momento de la sentencia. ¿Por qué se estima, sin embargo, aplicable la ley intermedia? La respuesta pareciera encontrarse en una consideración de imparcialidad como principio procedimental, propia del Estado de derecho. Habiéndose producido un cambio legislativo favorable, la eventualidad de un cambio ulterior desfavorable no puede quedar de cargo del imputado o acusado, de modo que ceda en su intención la obtención de una sentencia de término. Para evitar esta forma de coacción estatal debe atenderse a algún momento como instante de consolidación del estatus legal más favorable. La consideración de la ley intermedia como ley penal aplicable consolida la situación del eventual imputado o acusado a partir de la entrada en vigencia de esa ley, cualquiera sea su estatus procesal.

Así pues, ya sea en virtud del principio de proporcionalidad, o en razón de las consideraciones adicionales que hacen aplicable la ley intermedia, es evidente que la selección de la ley posterior más favorable como ley aplicable retroactivamente exige que esa ley haya entrado en vigencia. Una ley que no ha entrado en vigencia no puede ser considerada como ley aplicable, ni bajo el principio de legalidad ni tampoco bajo el principio de favorabilidad. Es el caso, sin embargo que la ley 19450, aplicada por la Corte Suprema como ley intermedia, nunca entró en vigencia. Esa ley fue promulgada y publicada bajo un plazo de vacancia legal⁸, dicho plazo fue posteriormente prorrogado antes de su vencimiento⁹, y la ley fue modificada, en lo que concierne al caso, antes del vencimiento de esa prórroga¹⁰. Luego, las normas de la ley 19450 consideradas por la Corte Suprema para calificarla como ley más favorable nunca entraron en vigencia. ¿Cómo es posible que se la considere ley aplicable? La respuesta de la Corte Suprema es que basta con la promulgación de la ley más favorable para que pueda considerársela, en tal calidad, la ley aplicable. La aplicabilidad de la ley más favorable no dependería de su entrada en vigencia conforme a las reglas generales del sistema, sino del solo hecho institucional de su promulgación (*contra Arrué Viencio*, implícitamente en el c. 4 sent. cas; *contra González Guzmán*, explícitamente en el c. 3 de la sent. de reemp.). Esta tesis no es correcta.

Lo que hace plausible la aserción de la Corte Suprema es el hecho de que tanto el artículo 18 del Código Penal como el artículo 19 N° 3 inciso

⁸ La ley 19450 sustituyó las referencias a unidades de sueldos vitales o su fracción, contenidas en normas penales, por referencias a unidades tributarias mensuales. Esa sustitución aumentó la cuantía de las cosas sobre las que recae la acción en diversos delitos contra la propiedad, produciendo con ello una rebaja de las penalidades.

El art. 6 de la ley 19450 estableció un plazo de vacancia legal de sesenta días a contar de su publicación.

⁹ La ley 19456, contempla un solo artículo, que prorroga el plazo de entrada en vigencia de la ley 19450 en un año, a contar de la publicación de la propia ley 19456, y deroga el art. 6 de la ley 19450.

¹⁰ La ley 19501 introdujo modificaciones en la ley 19450, modificando el efecto de rebaja de penas que éste producía.

7° Constitución Política utilicen la expresión "promulgación". En el contexto del Código Penal, sin embargo, con la expresión "promulgación" se hace referencia indistintamente a la promulgación y publicación de la ley. En efecto, al momento del establecimiento del Código Penal, los artículos 6 y 7 del Código Civil chileno hacían equivalentes los términos "promulgación" y "publicación"¹¹. La distinción entre promulgación y publicación fue introducida en el derecho chileno recién en 1949, mediante la dictación de la ley 9400. De aquí que en el contexto de las Constituciones de 1828, 1833 y 1925, el término "promulgación" tampoco tuviera el sentido específico que actualmente reviste. Distinto es el caso de la Constitución de 1980. Este texto constitucional distingue entre promulgación y publicación¹² y existen antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 19 N° 3 que permiten sostener que en su redacción se hizo uso deliberadamente del término "promulgación" en su sentido específico, como acto institucional previo al momento de la entrada en vigencia de la ley. Estos antecedentes no bastan, sin embargo, para justificar la aplicabilidad de la ley penal meramente promulgada, ni mucho menos de la ley 19450.

Sostener que la promulgación de la ley penal basta para justificar su aplicabilidad implica una anticipación de la aplicabilidad de la ley a su entrada en vigencia conforme a las reglas generales del sistema. Desde luego, esta anticipación no es admisible tratándose de la ley desfavorable. A pesar de que el Código Penal utiliza la expresión "promulgada" para garantizar la irretroactividad de la ley penal, es evidente que el sentido de esa garantía exige atender al momento de entrada en vigencia de la ley conforme a las reglas generales del sistema. Sería absurdo que la consagración del principio de legalidad en materia penal produjera la disminución del efecto garantístico de las reglas del Código Civil sobre entrada en vigencia de la ley en relación con la irretroactividad de su aplicación. Luego, en el contexto del inciso 1° del artículo 18 del Código Penal "promulgación" no puede significar algo distinto de "obligatoriedad" de la ley en el sentido de los artículos 6 y 7 del Código Civil, esto es, su entrada en vigencia como condición de aplicabilidad. Puesto que el contexto en que se usa el término en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política es idéntico al contexto del inciso 1° del artículo 18 del Código Penal, se tiene que también en el contexto constitucional debe entenderse "promulgación" en el sentido antedicho de "obligatoriedad". Así lo exige la función garantística de la exigencia de *lex praevia* como concreción del principio de legalidad.

En el contexto del inciso 2° artículo 18 del Código Penal la misma interpretación de la expresión "promulgada" requiere otras razones. En este contexto, la aplicación anticipada de la ley penal ya no disminuiría el efecto garantístico de las reglas generales del sistema, pues se trataría de una ley penal favorable. En este contexto, lo que hace la aplicación anticipada de la ley penal es romper

¹¹ El inc. 2° del art. 6 en su versión originaria disponía: "La promulgación deberá hacerse en el periódico oficial, y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico".

¹² El art. 72 de la Constitución Política distingue la promulgación de la publicación en sus incs. 2° y 3°.

la congruencia del sistema jurídico, cuyas reglas generales de aplicabilidad de la ley presuponen su entrada en vigencia conforme también a reglas generales. ¿Que razones podrían justificar semejante ruptura con las reglas generales del sistema jurídico?

A mediados del siglo XX se sostuvo en la jurisprudencia que los principios de favorabilidad y de intangibilidad de la cosa juzgada, apreciados en conjunto, tenían más peso que las reglas generales del sistema sobre aplicabilidad y entrada en vigencia. Así, en casos de sentencia de término previa al cumplimiento del plazo de vacancia legal de una ley penal más favorable, a la vista de la intangibilidad de tal sentencia, esa jurisprudencia prefirió anticipar la aplicación de la ley penal favorable — infringiendo las reglas generales del sistema — que consolidar bajo la institución de la cosa juzgada la aplicación de una ley que en el futuro inmediato habría de resultar excesiva¹³. Pero estas razones ya no tienen peso en el sistema jurídico-penal chileno, tampoco son trasladables al contexto constitucional y en ningún caso avalan la aplicación de la ley 19450.

Esa decisión de la jurisprudencia chilena a favor de la evitación de una infracción a la prohibición de exceso ya no se justifica. Desde la reforma al artículo 18 del Código Penal introducida por la ley 17727 ya no es necesario anticipar la aplicación de la ley más favorable para evitar dicha situación. La decisión del legislador, en orden dar preferencia al principio de favorabilidad por sobre la intangibilidad de la cosa juzgada, hace innecesaria la ruptura con las reglas generales del sistema en cuanto a la vigencia y la aplicabilidad de las leyes.

Esta interpretación del término "promulgada", además, no es trasladable al contexto constitucional. En este contexto, el término "promulgada" es condición de aplicación de la ley desfavorable y no de la ley favorable. El inciso 7° del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política reproduce el inciso 1° y no el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal. Como se ha dicho, la única garantía que la Constitución establece es la prohibición del efecto retroactivo de la ley penal desfavorable.

Finalmente, el caso de la ley 19450 se distingue por completo de los casos de aplicación anticipada de la ley favorable efectuada por la jurisprudencia antedicha. Pues lo que caracterizaba estos casos era la consideración de la inminencia de la entrada en vigencia de una ley más favorable. Lo que caracteriza, en cambio, a la aplicación de la ley 19450 por la Corte Suprema es la certeza de que esa ley nunca entró en vigencia. La jurisprudencia chilena de mediados del siglo XX perseguía la legítima finalidad de evitar la aplicación posteriormente inmodificable de una medida legal de merecimiento y necesidad de la pena

¹³ *Contra Gutiérrez Quiroz* (50 RDI 1933, 2/4, pp. 153-159) con voto disidente de Rafael Fontecilla Riquelme y comentario favorable en nota a pie de página de Arturo Alessandri Rodríguez. Tanto el voto de mayoría como Alessandri consideran como razón suficiente de la anticipación de la aplicabilidad de la ley más favorable la primacía de la "interpretación pro-*reo*" y el hecho de que en el caso en cuestión habría bastado demorar algunos días la dictación de la sentencia para hacer aplicable la nueva ley — en el caso, la ley 17783 — como ley más favorable.

que habría de quedar inminentemente desautorizada. La jurisprudencia de la Corte Suprema que se comenta persigue la inaceptable finalidad de aplicar una medida de merecimiento y necesidad de la pena que fue categóricamente desautorizada por el legislador antes de su entrada en vigencia.

No se trata, pues, de una incongruencia sistémica que pueda considerarse como virtuosa desde el punto de vista de la justicia política. De lo que se trata es de un caso particularmente crudo de desconocimiento judicial de la competencia del legislador para adoptar decisiones acerca de cuestiones de la política criminal y de la política jurídica general. La jurisprudencia acerca de la aplicabilidad de la ley 19450 como ley intermedia, aquí representada por *contra Arrué Vicencio* y *contra González Guzmán*, constituye un caso paradigmático de obstaculización judicial de la política legislativa, injustificable en una república democrática.

Como es bien sabido, y ya ha podido apreciarse, la determinación del carácter favorable o desfavorable de la ley penal es la cuestión central en torno a la cual se decide su aplicación cuando se ha producido un cambio legal posterior a la comisión del hecho punible. En el caso *contra Rivas Espinoza* se plantea una situación particularmente difícil de apreciación de esta cuestión.

Se trata de un caso de violación con homicidio de una persona de género femenino menor de doce años de edad. El hecho fue cometido bajo la vigencia del artículo 372 bis del Código Penal en su versión modificada por la ley 19617, de 1999, cuyo inciso 2º sancionaba la comisión de homicidio con ocasión de la comisión de violación con pena de presidio perpetuo a muerte¹⁴. Al momento de dictarse sentencia, el artículo 372 bis del Código Penal había sido modificado, junto con otras disposiciones del Código Penal, por la ley 19734, de 2001, que sustituyó la pena de muerte por la pena de presidio perpetuo calificado.

La sentencia definitiva de primera instancia estimó que el artículo 372 bis, en su versión modificada por la ley 19734, constituía la ley más favorable, por lo que impuso la pena de presidio perpetuo calificado mediante aplicación retroactiva de dicha ley (*contra Rivas Espinoza*, sent. de prim. inst. c. 25). La sentencia definitiva de segunda instancia, en cambio, si bien confirmó la sentencia apelada, entendió que la pena de presidio perpetuo calificado resultaba inaplicable retroactivamente debido a que ella no era contemplada por la ley

14 Conforme a los hechos tenidos por probados en la sentencia de primera instancia, se trata de un caso de violación vaginal y anal, con ocasión de la cual la víctima fue asfixiada hasta provocarle la muerte. Todos los sentenciadores parten de la premisa de que el homicidio de la víctima se asocia a su violación vaginal. Pero no hay antecedentes que descarten la asociación exclusiva del homicidio a la violación anal. Y la cuestión no era irrelevante. Bajo el art. 372 bis, en su versión por la ley 19617, el homicidio cometido con ocasión de la violación vaginal conllevaba la pena de presidio perpetuo a muerte; en cambio, el homicidio cometido con ocasión de la violación anal de una mujer conllevaba la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. La razón de esta diferenciación se encuentra en el respeto por el legislador de la prohibición de extensión de la pena de muerte a casos no contemplados previamente en la legislación, establecida por el art. 4º-II de la Convención Americana de Derechos Humanos. La premisa de la cual parten los sentenciadores requería, como mínimo, fundamentación en la prueba producida en el proceso, o bien, en una concepción de la cláusula "con ocasión" tal que la conexión temporal y funcional requerida entre la violación y el homicidio no se encuentre referida exclusivamente al acceso carnal. Ninguno de los sentenciadores se hace cargo de esta cuestión.

penal vigente al momento del hecho, y sancionó con la pena de presidio perpetuo, equivalente actualmente al presidio perpetuo simple (*contra Rivas Espinoza*, sent. de seg. inst. c. 16). Conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por el querellante en contra de dicha sentencia, la Corte Suprema respaldó en su voto de mayoría, suscrito por tres ministros¹⁵, la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción (*contra Rivas Espinoza*, sent. cas. c. 2). El voto de minoría, suscrito por dos ministros¹⁶, rechazó el argumento de la segunda instancia y consideró conforme a derecho la decisión de la primera instancia (cc. 3-17).

La primera cuestión que merece ser examinada en esta discusión es el alcance de las normas que deben ser tomadas en consideración para decidir acerca del carácter favorable o desfavorable del cambio legislativo acaecido entre la comisión del hecho y la dictación de la sentencia. El criterio dominante en la doctrina comparada¹⁷, aceptado por la doctrina nacional¹⁸, se expresa en la clásica formulación de Edmund Mezger¹⁹, conforme a la cual, para determinar el carácter favorable o desfavorable de la ley debe tomarse en consideración el total estado jurídico del que depende la pena, en tanto aplicable al caso concreto. Es decir, deben ser consideradas todas las normas que incidan en la calificación del hecho y la determinación de la pena, pero no es abstracto, sino en la medida en que sean relevantes para la decisión del caso.

Es evidente que deben ser consideradas las reglas sobre la tipicidad (incluyendo autoría y participación, tentativa y actos preparatorios), la exclusión de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la punibilidad, así como las reglas sobre determinación legal de la pena (incluyendo las de la parte general, que especifican su naturaleza, duración y posición dentro de las escalas) y las reglas sobre determinación judicial de la pena (incluyendo atenuantes, agravantes, ponderación de ambas y concursos).

Las reglas sobre ejecución de la pena tienen un estatus peculiar. En la jurisprudencia constitucional norteamericana no se duda acerca de que la protección brindada por la prohibición de leyes *ex post facto* (irretroactividad de la ley penal desfavorable) ampara al ciudadano frente a un cambio adverso a sus intereses en materia de ejecución de la pena²⁰. En la tradición europea continental, en cambio, su inclusión bajo las garantías de la legalidad o la favorabilidad es discutida²¹. La regulación de los principios de legalidad y favorabilidad en el sistema jurídico chileno abre la pregunta por el estatus de las reglas relativas a la ejecución de la pena, ya que todas las disposiciones que consagran ambos principios se refieren exclusivamente a la pena: ¿incluye esa

15 Alberto Chaignau del C, Enrique Cury U, Milton Juica A.

16 José Luis Pérez Z y Nibaldo Segura P.

17 Por todos, Roxin, C. *Derecho Penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1997), pp. 1678s.

18 Por todos, Cury, E. *Derecho Penal. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1982), p. 188.

19 Mezger, E. *Strafrecht* (Berlin y München: Dunker & Humblot, 3ª ed., 1949), t.1, p. 67; Mezger, E. *Tratado de Derecho Penal* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955), t.1, pp. 119s.

20 Por todos, LaFave, W. *Criminal Law* (Aspen: Westlaw, 2001), pp. 1033s.

21 Por todos, Roxin, *op. cit.* en n. 17, *loc. cit.*

referencia a las reglas para su ejecución o se restringe sólo a las reglas de su determinación legal y judicial?

Como mínimo, debe admitirse la inclusión de las reglas de ejecución de la pena cuya aplicación obligatoria forma parte integrante de la sentencia condenatoria. La afirmación judicial de la aplicación de las reglas de ejecución de la pena le confieren el carácter de regla integrante del estado jurídico, en el sentido de la fórmula de Mezger. En el caso en cuestión, la pregunta se encontraba resuelta por la propia ley 19734, en la medida en que adscribió a una modificación de las reglas de ejecución de la pena de presidio perpetuo el carácter de rasgos definitivos de una pena específica dentro de la escala de penas de crímenes, la de presidio perpetuo calificado. Cualquiera que sea el punto de vista analítico que se mantenga en lo que respecta a la relación que existe entre las normas punitivas y las reglas de ejecución de la pena, este es un caso de determinación de la ejecución de una pena por el legislador, efectuado en abstracto por consideraciones de prevención general. Es pues, un caso de determinación legal de la pena, y en tal calidad integrante indiscutido del total estado jurídico de los hechos.

La segunda cuestión que plantea el caso, en torno a la cual giraron las discrepancias entre los sentenciadores, es la admisibilidad o inadmisibilidad del fraccionamiento de los términos de comparación. Es decir, si en los casos en que una y otra ley en comparación presentan aspectos favorables y desfavorables puede fraccionárselas, de modo de configurar un nuevo estado jurídico, compuesto por la reunión de los fragmentos más favorables de ambas leyes. Este nuevo estado jurídico sería una tercera ley (*lex tertia*). La fórmula de Mezger excluye la *lex tertia*. La idea del "total estado jurídico" cumple una función inclusiva, en el sentido que exige considerar todas las reglas relevantes para el caso; pero también cumple una función integradora, en el sentido que exige considerarlas todas conjuntamente. En palabras de Mezger: "Una separación o diferenciación al interior del mismo [del estado jurídico] es inadmisibles"²². La jurisprudencia alemana y una posición extendida en la doctrina alemana adhieren a este postulado, exigiendo para la apreciación de la ley más favorable "la más estricta alternativa"²³. En la doctrina nacional, la posición es compartida con especial énfasis por Enrique Cury:

Lo que, en cambio, no le está permitido [al juez] hacer, es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una *tercera ley*, que nunca ha estado en vigor.²⁴

Ésta fue la posición de la sentencia de primera instancia, así como del voto disidente en la sentencia de casación (cc. 9-II). En ambas decisiones el argumento se sujetó al criterio de la más estricta alternativa. Asumiendo que el

²² Mezger, *op. y loc. cit.* en n. 19.

²³ Por todos, Maurach, R. y H. Zief: *Derecho Penal. Parte general* (Buenos Aires: Astrea, 1994), pp. 2035; más recientemente, U. Kindhäuser: *Strafgesetzbuch. Lehr - und Praxiskommentar* (Baden-Baden: Nomos, 2001), p. 11.

²⁴ Cury, *op. y loc. cit.* en n. 18 (las cursivas son del original).

principio de favorabilidad establecido el en inciso 2º del artículo 18 del Código Penal exige comparar el total marco penal de la ley vigente al momento del hecho con el total marco penal de la ley vigente al momento de la sentencia, en ambas resoluciones se concluye que el presidio perpetuo calificado es más favorable que la pena de muerte, por lo que la ley aplicable es la ley vigente al momento de la sentencia, incluyendo al presidio perpetuo calificado²⁵.

Por su parte, la formación de la *lex tertia* es precisamente lo que caracteriza a la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción. En efecto, la Corte sostiene que

examinada en concreto la situación del procesado, le resulta más favorable ser sancionado conforme a la normativa vigente antes de la reforma, porque derogada la pena de muerte ningún delito puede ahora castigarse con ella, y siendo en la escala gradual contemplada en el art. 59 del Código Penal el presidio perpetuo simple la pena inmediatamente inferior a la derogada a la fecha de comisión del delito, debe arreglarse a ella el castigo por ser más benigna que el presidio perpetuo calificado (*contra Rivas Espinoza*, c. 16).

La Corte de Apelaciones de Concepción cita en su favor una sentencia anterior de la Corte Suprema, cuyo argumento reproduce de modo prácticamente literal²⁶. En sus propios términos el argumento es, por cierto, inaceptable. La ley penal vigente al momento de la comisión del hecho incluía la pena de muerte como parte del marco penal aplicable al hecho en cuestión. La exclusión de la pena de muerte caracteriza al marco penal fijado por la ley posterior, es decir, la ley vigente al momento de la sentencia. Luego, la aseveración de que la ley vigente al momento del hecho es más favorable porque ya no es aplicable la pena de muerte implica sostener que la aplicación retroactiva de la ley vigente al momento de la sentencia hace más favorable la ley vigente al momento del hecho. A menos que se quiera ver aquí un puro sinsentido, es evidente qué es lo que hace este argumento: combina un marco penal en el que no existía la pena de presidio perpetuo calificado con un marco penal en el que ya no existe la pena de muerte, es decir, un fragmento de la ley vigente al momento del hecho con un fragmento de la ley vigente al momento de la sentencia. En otras palabras, se desentiende de la idea del total estado jurídico aplicable al hecho y construye una *lex tertia*.

²⁵ La cuestión de si la pena de presidio perpetuo calificado es efectivamente una pena desconocida para el ordenamiento jurídico-penal previo a la entrada en vigencia de la ley 19734, como lo sostienen la Corte de Apelaciones de Concepción y el voto de mayoría de la Corte Suprema, o es la pena de presidio perpetuo preexistente con un régimen especial de ejecución, como lo sostiene el voto disidente, es irrelevante. Bajo el principio de alternatidad estricta una pena nueva más favorable no deja de ser aplicable por su novedad. Con todo, la discusión demuestra la dificultad de distinguir, para efectos del principio de favorabilidad, entre las normas relativas a la pena y las normas relativas a su ejecución.

²⁶ En un caso de robo (frustrado) con homicidio, frente a la misma dificultad que plantea el caso aquí examinado, la Corte Suprema sostuvo lo siguiente: "derogada la pena capital en el art. 433 N° 1 del Código Penal, a partir de la fecha de la vigencia de la ley 19734, en Chile, por el delito que tipifica esa norma, nadie puede ser condenado a ese castigo y forzoso es, de acuerdo con la normativa anterior en la gradualidad de las penas, imponer conforme con el texto legal vigente a la comisión del hecho punible la pena inmediatamente inferior, esto es, la de presidio perpetuo simple, ya que de este modo aquella primitiva legislación resulta menos rigurosa para el imputado (*contra Ibarrieta Muñoz*, sentencia de la Corte Suprema de fecha 5 de junio de 2002, rol 622-02, sent. recemp. c. 5).

El recurrente de casación en el fondo advirtió esta anomalía y denunció la aplicación parcial de una y otra ley como error de derecho constitutivo de la causal de casación en el fondo del N° 1 del artículo 546 Código de Procedimiento Penal. El voto de mayoría de la Corte Suprema, redactado por el ministro Enrique Cury, si bien reconoce la agudeza de la impugnación, niega en definitiva su corrección. A juicio de la Corte Suprema, no habría una aplicación conjunta de ambas leyes, sino de una sola ley. Eso sí, la Corte Suprema altera la identificación de la ley aplicable: ya no es la ley vigente al momento del hecho, excluida la pena de muerte, sino la ley vigente al momento de la sentencia, excluida la pena de presidio perpetuo calificado. En sus propios términos:

no es verdad que la sentencia recurrida aplique simultáneamente la ley vigente al momento de la ejecución del hecho y la ley posterior más favorable. El fallador examinó en primer lugar ambas normativas en su conjunto, y resolvió correctamente que la nueva era más favorable para el procesado, por lo cual, atendido el mandato de los artículos 19 N° 3 inciso 7° de la Carta Fundamental y 18 inciso 2° del Código Penal, decidió que sólo esta última debía recibir aplicación. Luego, sin embargo, al contemplar el marco penal nuevo, advirtió que en él se contemplaba una pena anteriormente inexistente en la legislación nacional, por lo cual concluyó que no podía servirse de ella sin violar la prohibición de retroactividad constitucionalmente consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República. Con ello no estaba aplicando la ley antigua; a los sumo se servía de ella como término de comparación que le permitía concluir que, si bien la nueva ley era en conjunto (y en todo), más favorable para el procesado, incluía en su marco punitivo una sanción que no se contemplaba en esa legislación precedente y que, por consiguiente, no obstante ser más benigna que la de muerte, ahora derogada, tampoco podía ser aplicada al hecho ocurrido con anterioridad a su introducción en el catálogo de reacciones penales. Es la propia interpretación de la ley a la que por imperativo constitucional y legal debía darse aplicación la que conduce, no obstante, a la exclusión de la pena antes inexistente. Con ello no se mezclan como pretende el recurso disposiciones más favorables de las dos leyes que se están comparando: la que se aplica es únicamente la ley nueva, salvo en aquello en que ella aparecería en contraste con el principio de reserva o legalidad, sin que esto implique vuelta alguna a la antigua.

La versión que ofrece la Corte Suprema del razonamiento de la Corte de Apelaciones no altera el carácter de *lex tertia* de la norma identificada como ley aplicable. En primer lugar, es evidente que la objeción del recurrente, en el sentido de aplicarse conjuntamente ambas leyes, no se refiere a una cuestión cronológica sino analítica. Lo que se objeta no es su aplicación simultánea. La respuesta de la Corte Suprema, en el sentido de que el razonamiento discurre mediante consideraciones sucesivas, es irrelevante. La objeción formulada por el recurso es que el estado jurídico aplicable al caso se construye excluyéndose la pena de muerte, en atención a la ley vigente al momento de la sentencia, y excluyéndose también la pena de presidio perpetuo calificado, en atención a la ley vigente al momento del hecho.

La respuesta de la Corte, en el sentido de que esta última exclusión no tiene lugar mediante "aplicación" de la ley vigente al momento del hecho, sino simplemente mediante su uso como "término de comparación" es inaceptable.

Precisamente en su uso como término de comparación, para excluir del marco penal aplicable el presidio perpetuo calificado, se encuentra su aplicación como ley más favorable. Considerar que la ley vigente al momento de la sentencia es en parte desfavorable, y por lo mismo inaplicable retroactivamente, implica considerar que en esa parte es aplicable preteractivamente la ley vigente al momento del hecho.

Eso sí, debe concederse a la Corte Suprema que en este razonamiento no se "mezclan" ambas leyes, en el sentido de que ambas recibían aplicación. En rigor, ninguna de ellas recibe aplicación. Lo que el tribunal ha aplicado al caso es una ley nueva, formada por él mediante la combinación de fragmentos de una y otra ley: la *lex tertia*.

¿Es admisible la formación de la *lex tertia*? En la doctrina alemana puede constatarse una importante corriente favorable a esta solución, cuyo representante más destacado es Günther Jakobs²⁷. Tal como Jakobs lo hace ver, la formación de la *lex tertia* por el tribunal es la única manera de satisfacer cabalmente el imperativo de seleccionar como ley aplicable la ley más favorable al acusado, pues sólo la *lex tertia* permite evitar la preteractividad o la retroactividad con efectos parcialmente desfavorables.

El problema de esta solución es que, tal como lo señala Enrique Cury en su obra arriba citada, la *lex tertia* no existe institucionalmente como decisión del legislador. Esto es evidente en el caso en examen. El hecho institucional elemental de la regulación de la violación con homicidio en el Código Penal chileno desde la introducción del artículo 372 bis por el DL N° 2967, en 1979, es que el legislador nunca ha estimado que basta el presidio perpetuo como penalidad máxima para este delito. En su valoración, siempre ha considerado que este delito merece o necesita una pena más severa; antes, la pena de muerte; hoy, la de presidio perpetuo calificado.

Debido a lo anterior, afirmar la procedencia de la *lex tertia* implica sostener que los criterios de aplicabilidad temporal no tienen únicamente por función justificar la selección de la ley aplicable, sino además modificar la legislación, impidiendo la aplicación de las normas legales tal como fueron establecidas por el legislador. Esto es desde luego incongruente con el principio de sujeción del juez a la ley, en tanto principio general del Estado de derecho. Además, la incongruencia entre la *lex tertia* y la voluntad del legislador demuestra que su construcción ni siquiera puede ser considerada, en rigor, como satisfacción del principio de favorabilidad. Si este principio es una concreción del principio de proporcionalidad, como aquí se ha sostenido, entonces no puede exigir la formación de la *lex tertia*. Lo que el principio de proporcionalidad exige es que la sentencia condenatoria no exceda la medida del merecimiento y necesidad

²⁷ Jakobs, G.: *Derecho Penal. Parte general* (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 1235. Cabe señalar que la redacción dada al § 2 por la reforma de la Parte General del Código Penal alemán de 1975 es interpretada de modo unánime por la doctrina en el sentido de exigir tratamiento fraccionado (*lex tertia*) para las penas accesorias de confiscación, comiso e inutilización de los efectos del delito (al respecto, Maurach y Zapf, op. cit. en n. 23).

de la pena expresada en la valoración legislativa. Y la *lex tertia* nunca expresa una valoración legislativa.

Si la Corte Suprema estima que la correcta selección de la ley más favorable requiere la construcción judicial de la *lex tertia* tiene que fundamentarlo. No está sola en su posición. Como se ha visto, se trata de una postura que cuenta con defensores en la doctrina comparada. Pero para fundar su decisión tiene primero que reconocerla. Lo que no puede legítimamente hacer la Corte, como lo hizo en esta oportunidad el voto de mayoría, es defender la formación de la *lex tertia* como solución correcta y a la vez sostener que se trata de una solución consistente con la tesis de la consideración del total estado jurídico aplicable al caso²⁸.

El caso en examen plantea además la cuestión de la relevancia de la determinación judicial de las consecuencias para la calificación de una ley como ley más favorable. Es decir, si el "total estado jurídico" aplicable al caso puede fijarse anticipando la decisión judicial, allí donde el marco legal deja un margen discrecional de decisión al tribunal. Este es, precisamente, el caso examinado. La ley vigente al momento del hecho permitía al tribunal aplicar el grado inferior de la pena (presidio perpetuo simple) a pesar de la concurrencia de circunstancias agravantes. Esto era consecuencia del principio de que la ley no podía hacer imperativa la aplicación de la pena de muerte²⁹. En cambio, la ley vigente al momento de la sentencia elimina esta prerrogativa. La pena de presidio perpetuo calificado no mantuvo el estatuto excepcional de aplicación que tenía la pena de muerte³⁰. ¿Es admisible que un tribunal seleccione como ley más favorable aquella que le otorga una prerrogativa discrecional con consecuencias más favorables al acusado basándose en su voluntad de hacer uso de tal prerrogativa?

La Corte de Apelaciones de Concepción así lo consideró, al menos en el nivel de un *dictum*³¹. Se trata de una consideración distinta de la *lex tertia*. Aquí la decisión del tribunal de prescindir de la parte desfavorable del estado jurídico está justificada por la decisión del legislador, que otorga al tribunal la facultad discrecional de hacerlo.

²⁸ Tampoco es admisible que la Corte Suprema pretenda, como parece hacerlo en el caso de robo con homicidio antes citado, justificar la *lex tertia* mediante el principio de la consideración en concreto del total estado jurídico (contra *Ibarrieta Muiños*, sent. reimp. c. 3, apoyándose en una cita de Jiménez de Asúa por Luis Cousiño Machuca). Una cosa es si se debe considerar en concreto las reglas de uno y otro estado jurídico para determinar cuál es más favorable, otra, muy distinta, es si debe aceptarse el total estado jurídico concretamente aplicable al caso, o si puede fraccionárselo.

²⁹ Así lo establecían el art. 66 inc. 2º CP (aplicable al caso), el art. 68 inc. 4º y el art. 75 inc. 2º CP, en su versión modificada por la ley 17266 de 1970.

³⁰ La ley 19734 modificó, entre otras disposiciones, los arts. 66 inc. 2º y 68 inc. 4º y 75 inc. 2º CP, eliminando la excepción establecida para la pena de muerte.

³¹ Por otra parte, tampoco puede soslayarse que en casos como el que nos preocupa, acorde con lo prevenido en los arts. 66 y 68 del Código Penal, en la legislación vigente al ocurrir el delito materia de autos, los tribunales no estaban obligados a imponer la pena de muerte, la que tenía, por ende, siempre como alternativa la de presidio perpetuo, que no tenía el carácter de calificado. (contra *Rivas Espinoza*, c. 16). El *dictum* de la Corte de Apelaciones de Concepción se encuentra también en la sentencia de la Corte Suprema que le sirvió de apoyo (contra *Ibarrieta Muiños*, sent. reimp. c. 4), pero no fue respaldado en esta oportunidad por la Corte Suprema, debido al cambio de criterio en la identificación de la ley aplicable como ley más favorable.

Aún así, las mismas razones que justifican el rechazo de la *lex tertia* como solución conducen a rechazar esta consideración. Pues la adopción de un marco penal como más favorable bajo la condición de ejercerse la facultad discrecional en un sentido — mas no en el sentido opuesto — implica también una reformulación de la valoración legislativa. La decisión del legislador consistió en permitir el ejercicio de una facultad discrecional de selección de pena más favorable y *al mismo tiempo* permitir la selección justificada de la pena más desfavorable. La opción por esta decisión legislativa, bajo una decisión judicial que excluye como posibilidad legítima la selección justificada de la pena desfavorable, ya no es la selección del estado jurídico establecido por el legislador.

APLICABILIDAD DEL DECRETO LEY DE AMNISTÍA

Las cinco sentencias recaídas en casos sobre aplicación del DL. N° 2191, de 1978, que dictó amnistía para hechos punibles cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, versan sobre hechos constitutivos de privación de libertad cometida por funcionarios públicos, sin reconocimiento del hecho por la autoridad y sin que desde la fecha de la privación de libertad haya noticias del paradero de la víctima. Desde el punto de vista del derecho internacional penal son, pues, casos de desaparición forzada de personas³². Dos de estas sentencias fueron dictadas el 31 de enero (*desaparición forzada de Aranda Romero, desaparición forzada de Almenaras Almenaras*); otras dos, el 3 de marzo (*desaparición forzada de Mauricio Poblete, desaparición forzada de Fuentes Alarón Pateros*), y la quinta, el 28 de agosto (*desaparición forzada de Fuentes Alarón*).

Los cinco procesos son muy similares. En todas las causas, los tribunales militares dictaron sobreseimiento por aplicación de la amnistía y los resoluciones fueron confirmadas por la Corte Marcial, con el voto disidente del (de los) integrante(s) de la justicia ordinaria. Contra todas esas sentencias se interpuso

³² El art. 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas define la desaparición forzada de personas en los siguientes términos: "Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes". Por su parte, el Proyecto de texto definitivo de los *Elementos de los Crímenes* evacuado por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (6 de julio de 2000), define los elementos de la desaparición forzada de personas, prevista en el art. 7-1, del siguiente modo: "1. Que el autor: a) Haya aprehendido, detenido, o secuestrado a una o más personas; o b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas. 2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad. 3. Que el autor haya sido consciente de que a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad. 4. Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia. 5. Que tal negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo. 6. Que el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

recurso de casación en el fondo. En todos los casos, la Corte Suprema anuló la sentencia recurrida – en tres casos acogiendo el recurso interpuesto, en dos anulando de oficio – y dictó sentencia de reemplazo. Todas las sentencias de casación fueron acordadas con el voto disidente del auditor general del Ejército. Todas las sentencias de reemplazo cambiaron la calificación de los hechos – en vez de su calificación como detención ilegal conforme al artículo 148 del Código Penal, se los califica de secuestro común conforme al artículo 141 del Código Penal³³ – y decretaron medidas de investigación.

Los argumentos hechos valer en la casación son de distinta índole³⁴. Por una parte, se discute la oportunidad procesal del sobreseimiento por amnistía. Esta es una cuestión del derecho procesal penal. Por otra parte, se discuten los presupuestos sustantivos de la aplicabilidad de una ley de amnistía. Este el problema que cabe analizar en este lugar.

La primera cuestión planteada es si la amnistía tiene un carácter objetivo o personal. En los términos de la controversia planteada entre el voto de mayoría y el voto disidente, en esto idéntica en las cinco sentencias, la cuestión consiste en si la aplicabilidad de una ley de amnistía exige o no individualizar al responsable del hecho punible. El voto de mayoría sostiene la afirmativa, basándose en el carácter de causal de extinción de la responsabilidad penal de la amnistía, conforme al artículo 93 N° 3° del Código Penal (*desaparición forzada de Aranda Romero*, cc. 4–5; *desaparición forzada de Almendras Almendras*, cc. 4–5; *desaparición forzada de Mauricio Poblete*, c. 6–7; *desaparición forzada de Poseck Pedreros*, cc. 6–7; *desaparición forzada de Fuentes Alarcón*, cc. 5–6) y en el hecho de referirse el DL N° 2191, de 1978, a los destinatarios de la amnistía bajo la denominación de “personas” (*desaparición forzada de Aranda Romero*, c. 6; *desaparición forzada de Almendras Almendras*, c. 6; *desaparición forzada de Mauricio Poblete*, c. 8; *desaparición forzada de Poseck Pedreros*, c. 8; *desaparición forzada de Fuentes Alarcón*, c. 7).

Ninguno de esos argumentos es concluyente. Es efectivo que la amnistía es una causal de extinción de responsabilidad personal, pero eso no implica que la comprobación de la identidad personal del amnistiado constituya un presupuesto de su aplicación. La afirmación de la Corte, en el sentido que la amnistía “no borra el delito” sino que “extingue la pena y todos sus efectos”³⁵,

33 Al respecto, véase *infra*, pp. 275s. Baste con decir aquí que esta es la calificación que les corresponde como casos graves de privación de libertad, congruente con su calificación como desaparición forzada de personas bajo el derecho penal internacional.

34 Dentro de los argumentos planteados por los recurrentes se encuentra la impugnación de la validez o aplicabilidad de DL N° 2191 a la luz del derecho internacional, ya sea del derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos. La posición de la Fiscal de la Corte Suprema (contenida en su informe de fecha 31 de diciembre de 2000, que rola a fs. 206–213 del expediente de *desaparición forzada de Aranda Romero*) fue favorable a esa consideración. En todas las sentencias, el voto disidente del Auditor General del Ejército se hace cargo de esa impugnación, argumentando en sentido contrario. Sin embargo, en ninguna de las sentencias el voto de mayoría de la Corte Suprema entra en conocimiento de este argumento.

35 Se trata de una contraposición entre la redacción asignada originariamente por la Comisión Redactora del Código Penal a una disposición sobre efectos de la amnistía (sesión 22, en 30 de julio de 1870) y la redacción asignada finalmente a la regla sobre extinción de responsabilidad penal (sesión 139, de revisión, en 19

no altera lo dicho. Pero tampoco es correcto aseverar la tesis contraria, esto es, que la amnistía sea “objetiva”, en el sentido de que su aplicabilidad nunca dependa de la individualización del beneficiado por ella³⁶.

La cuestión de los presupuestos de aplicabilidad de una ley de amnistía es contingente, es decir, depende de cada ley de amnistía en cuestión. Si una ley concede amnistía por ciertos hechos punibles solamente a cierta clase de personas, en atención a ciertas calidades personales o circunstancias relacionadas con su persona, entonces deberá acreditarse la posesión de esa calidad o la concurrencia de esas circunstancias. Eso exige individualizar al destinatario de la amnistía en cada caso. Si, por el contrario, una ley concede amnistía por ciertos hechos punibles a cualquier persona, entonces basta con que se compruebe que se trata de esa clase de hechos para aplicar la ley de amnistía. El carácter “objetivo” o “subjetivo” no lo es de la institución, sino de los supuestos de hecho de los cuales la ley hace depender la consecuencia.

Que la Corte Suprema exija en estos casos la individualización de la persona beneficiada con la amnistía se explica en función del contexto de justicia de transición³⁷ en que tiene lugar la substanciación de estos procesos por desaparición forzada de personas. Su justificación en términos jurídicos sólo podría brindarla una consideración de los requisitos del procedimiento penal para el sobreseimiento definitivo. Ni la regulación del Código Penal, ni tampoco la del DL 2191 lo exigen así.

La segunda cuestión planteada consiste en que el carácter de delito permanente que revestiría la privación de libertad – ya sea como detención ilegal privilegiada, bajo el artículo 148 del Código Penal o bien como secuestro común, bajo el artículo 141 del Código Penal – haría inaplicable la amnistía mientras no se determine el destino de la víctima (*desaparición forzada de Aranda Romero*, sent. cas. c. 8; *desaparición forzada de Almendras Almendras*, sent. cas. c. 8; *desaparición forzada de Mauricio Poblete*, sent. cas. c. 10; *desaparición forzada de Poseck Pedreros*, sent. cas. c. 10; *desaparición forzada de Fuentes Alarcón*, sent. cas. c. 9). En contra de este argumento, el voto disidente sostiene que resulta prácticamente imposible la continuación del delito por casi más de veinticinco años y que en todo caso dicho delito se encontraría amnistiado por lo que concierne al tiempo de

de mayo de 1873). No existe constancia de que el cambio de redacción hubiera obedecido a un cambio en la concepción de la Comisión Redactora acerca de la institución de la amnistía. Dicho cambio se originó en el contexto de la elaboración del actual Título V del Libro Primero del CP, hasta ese momento inexistente en el proyecto de la Comisión.

36 Como lo sostiene el voto disidente del auditor general del Ejército en todas las sentencias, y el voto de prevención del ministro Enrique Cury U. en *desaparición forzada de Mauricio Poblete*, *desaparición forzada de Poseck Pedreros* y *desaparición forzada de Fuentes Alarcón*.

37 Con esta expresión se hace referencia al fenómeno político designado en idioma inglés como “transitional justice”, esto es, la solución en regímenes democráticos de los conflictos por violaciones de derechos humanos cometidas bajo regímenes políticos dictatoriales que los precedieron. Para una visión de conjunto Teitel, R. *Transitional Justice* (New York: Oxford University Press, 2000), entre nosotros, Atria, F.: “La hora del derecho”, en 91 *Estudios Públicos* (2003), pp. 458s.

comisión comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978³⁸.

En relación con esta cuestión, es importante, en primer lugar, constatar que no se discute el carácter de delito permanente de la privación de libertad, en cualquiera de sus calificaciones. Esto es correcto. La privación de libertad es un caso paradigmático de delito permanente, esto es, de aquel hecho en el que el delito no está concluido por la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsista el estado antijurídico por él creado³⁹. La aceptación de que permanezca la comisión del delito mientras perdura ese estado tiene importantes consecuencias prácticas. La intervención en la privación de libertad, mientras dura su comisión, puede originar autoría o participación, y no queda relegada a la mera condición de encubrimiento. Asimismo, los delitos adicionalmente cometidos mientras dura la comisión de la privación de libertad pueden entrar en el régimen del concurso ideal (art. 75 CP) con la detención ilegal o secuestro. Del mismo modo, mientras dura la comisión de la privación de libertad hay agresión ilegítima actual a la libertad de la víctima, por lo que ella y terceros pueden ejercer legítima defensa.

Por la misma razón, la perduración del delito de privación de libertad más allá del tiempo cubierto por una ley de amnistía constituye comisión de un hecho punible no amnistiado. Sobre esto tampoco hay discusión en el contexto de las sentencias de casación examinadas. Incluso el voto disidente del auditor general del Ejército reconoce que "en la parte concerniente a la subsistencia posterior al término de la amnistía" no tiene por qué respetarse la amnistía, atendida la subsistencia de la conducta típica⁴⁰.

La discusión se centra, por consiguiente, en la cuestión de las consecuencias de la falta de prueba en torno a la efectiva perduración del delito, más allá del 10 de marzo de 1978. La Corte Suprema sostiene al respecto que

mientras no se sepa con exactitud que [sic] fue lo que sucedió en definitiva con el detenido, no sería posible aplicar la amnistía del Decreto ley 2.191, [...] pues dicha legislación se aplica dentro de un período determinado, y no se sabe con exactitud si al término de dicho período ocurrido el 10 de marzo de 1978, [el ofendido] continuaba detenido o no y cual [sic] era su estado⁴¹.

En sus propios términos, esta tesis de la Corte Suprema no es correcta. En principio, la existencia de un deber de investigación en estos casos es innegable. Pero ese deber no puede tener el alcance que la Corte pretende otorgarle.

El punto de partida ya ha sido expuesto. El carácter de delito permanente abre la posibilidad de la comisión de la privación de libertad más allá del lapso cubierto por la amnistía establecida por el DL 2191, de 1978. De haber perma-

³⁸ El argumento es consignado en el considerando 12º del voto disidente en todas las sentencias de casación.

³⁹ La definición es de Roxin, *op. cit.* en n. 17, p. 329.

⁴⁰ *Ibid. cit.* en n. 38.
⁴¹ *Desaparición forzada de Aranda Romero*, sent. cas. c. 8; *desaparición forzada de Almendras Almendras*, sent. cas. c. 8; *desaparición forzada de Mauricio Poblete*, sent. cas. c. 10; *desaparición forzada de Possek Pedreros*, sent. cas. c. 10; *desaparición forzada de Fuentes Alarcón*, sent. cas. c. 9.

ncido la comisión de la privación de libertad más allá del día 10 de marzo de 1978, ella sería indudablemente punible. De aquí que, en principio, sea correcta la tesis de la improcedencia del sobreseimiento mientras subsista esa posibilidad. Un órgano encargado de la investigación del delito que desatiende esta posibilidad y no efectúa diligencias razonables destinadas a determinar el destino de la persona privada de libertad, sobresee en principio incorrectamente. La realización de diligencias en ese sentido, por lo menos en una primera fase de la investigación, es una consecuencia del principio de legalidad de la investigación penal: la correcta aplicación de la ley penal así lo requiere.

Pero no es menos cierto que debe demostrarse la efectividad de esa perduración para que la privación de libertad sea punible. Que se trate de un delito permanente no implica que su comisión haya efectivamente permanecido. Del carácter *comisible* que tiene cualquier delito no puede deducirse que alguien lo haya cometido. Lo primero es un rasgo del tipo penal. Lo segundo, una cuestión de hecho. La investigación penal sólo se justifica en la medida en que se pueda probar el hecho de la comisión.

Así pues, debe probarse la efectiva perduración de la privación de libertad más allá del 10 de marzo de 1978 para que el hecho sea punible, en el sentido de no estar cubierto por la amnistía concedida por el DL N° 2191. La carga de esa prueba es del órgano detentador de la pretensión punitiva. Por lo tanto, no es correcto sostener que deba probarse con exactitud el término de la privación de libertad previo a esa fecha. Lo correcto es la tesis contraria: si no hay evidencia acerca de su perduración más allá de esa fecha se pierde la legitimación sustantiva de la pretensión punitiva.

Las diligencias ordenadas por la Corte Suprema en la sentencia de remplazo dictada en cada uno de los casos puede justificarse por el momento el ejercicio de la pretensión punitiva basada en la posibilidad de la perduración de la privación de libertad. Pero no puede obviarse que la pérdida progresiva de la adecuación de esas diligencias acarreará una debilitación progresiva de esa legitimación.

Es plausible sostener que ante la ausencia de evidencia en uno u otro sentido la decisión más adecuada sea el sobreseimiento temporal por el artículo 409 N° 1 Código de Procedimiento Penal⁴² en vez del sobreseimiento definitivo por aplicación de la ley de amnistía. Lo que no resulta admisible es la tesis de la Corte, en el sentido de que sea legítimo mantener la investigación penal indefinidamente, mientras no se pruebe con exactitud la impunidad del hecho. Cuánto tiempo quepa mantener la investigación, eso depende de la ponderación entre el interés del Estado en la aplicación de la ley penal y el interés del individuo en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Esa ponderación constituye la tensión esencial del derecho procesal penal.

⁴² "Se dará lugar al sobreseimiento temporal: [...] Cuando no resulte completamente justificada la perpetración del delito que hubiere dado motivo a la formación del sumario".

TEORÍA DEL DELITO

JUAN PABLO COX LEIXELARD

IMPUTACIÓN OBJETIVA

En *contra Cordero Cordine*, la Corte Suprema casó en la forma de oficio una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que, a su vez, revocó una sentencia condenatoria del Juzgado del Crimen de Tal Tal.

En concreto, el tribunal de primera instancia condenó al imputado a la pena corporal de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, y accesorias legales, como autor del cuasidelito de homicidio en contra de un menor. A su turno, el tribunal de alzada, conociendo sendos recursos de apelación deducidos contra dicha resolución, estableció que, encontrándose acreditado que el menor cruzó sorpresivamente la calzada, el conducir con el sistema de frenos en mal estado no basta para hacer efectiva la responsabilidad penal en su contra, "puesto que sin el cruce intempestivo de la víctima, tal deficiencia carece de relevancia" (c. 3). La Corte Suprema, por su parte, resolvió que manejar un vehículo con los frenos en mal estado en el radio urbano (y en un área especialmente riesgosa - paso peatonal cercano a un establecimiento educacional -) es fundamento suficiente para afirmar la culpa, pues representa un incremento del peligro permitido por el derecho (c. 2). Agrega, finalmente, que

ello tendría que resolverse así incluso si se hubiera acreditado que, debido a las peculiaridades de la víctima, el accidente también habría ocurrido si los frenos del automóvil hubiesen estado en buenas condiciones; pues esta clase de razonamientos basados en hipótesis no pueden alterar la realidad del exceso de riesgo creado por el autor del hecho imprudente.

De esta forma, confirma en todas sus partes el fallo en alzada.

Como se ve, la decisión de la Corte Suprema aborda de lleno la problemática cuestión de la imputación objetiva¹ en los delitos imprudentes en general, y la del incremento del riesgo y de los comportamientos alternativos conforme a derecho en especial.

En efecto, sobre la base de un cierto consenso en la doctrina, se acepta que la teoría de la imputación objetiva supone que "el resultado debe poderse imputar precisamente a la imprudencia de la acción"² para que podamos entender que se materializa la estructura del tipo culposo. Desde esta perspectiva, afloran de inmediato algunas interrogantes referidas al fallo que nos ocupa,

puesto que plantea el asunto desde una óptica totalmente ajena a lo que ha venido siendo el devenir de los esfuerzos de los autores.

Así, en primer término cabe destacar que de las expresiones usadas por los sentenciadores podría desprenderse que basta la ejecución de una acción imprudente para que se genere la responsabilidad criminal del agente a título de culpa, sin que sea necesaria la respectiva vinculación con el resultado. Con firma esto el que se indique que el actuar en ámbitos riesgosos sin el cuidado debido es socialmente intolerable y, por tanto, "punible a título de imprudencia (culpa)" (c. 1), y que es suficiente para afirmar la culpa del procesado que su acción incremente el peligro permitido (c. 2). No hay referencia alguna al resultado lesivo. Un planteamiento de este tenor, llevado a la práctica, acarrearía una serie de consecuencias, vinculadas a *versari in re illicita*³ y a la generalización de los delitos de peligro abstracto.

Además, la fórmula "incremento del peligro permitido" empleada en el considerando 2º nos remite inmediatamente a la figura de Roxin⁴, por lo que puede afirmarse tentativamente que se asume su construcción teórica, que obliga a respetar las bases de la imputación objetiva del resultado. Sin embargo, aquí entroncamos con una segunda dificultad para aceptar el criterio de la Corte Suprema, a saber: enfrentado a la hipótesis propuesta por el tribunal en orden a que la responsabilidad surgiría aun cuando estuviera acreditado que el resultado se produciría *igualmente* si el vehículo contara con un buen sistema de frenos, es dable pensar que Roxin rechazaría la imputación objetiva en el caso concreto. Esto porque la Corte opera sobre una base teórica asimilable antes al caso de una conducta alternativa conforme a derecho que conduce con *seguridad* al mismo resultado que al de aquella que *posiblemente* lleve a tal consecuencia. En el primer supuesto procede la exclusión de la imputación porque la "superación del riesgo permitido no repercute" sobre el resultado en su concreta configuración⁵, y sólo en el segundo cabría, según el planteamiento de Roxin, imputar

1 Roxin, C: *Derecho Penal. Parte general* (Madrid: Civitas, 1997), t.1, pp. 342ss; Jakobs, G: *La Imputación Objetiva en Derecho Penal* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997). Para una visión del panorama actual de la discusión, véase Frisch, W: "La imputación objetiva: estado de la cuestión" en J.M. Silva Sánchez (ed), *Sobre el Estado de la Teoría del Delito* (Madrid: Civitas, 2000), pp. 285; Hirsch, H.J.: *Derecho Penal. Obras completas* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999), t.1, pp. 378s; desde una perspectiva finalista, haciendo algunas referencias a los tipos imprudentes: Rueda, M.A.: *La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito Doloso de Acción* (Barcelona: J.M. Bosch, 2003); completo: Peñajo, B.: *Resultado Lesivo e Imprudencia* (Barcelona: J.M. Bosch, 2001).

2 Mir-Puig, S.: *Derecho Penal. Parte general* (Barcelona: Reppertor, 1996), p. 282; en el mismo sentido: Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte general* (Madrid: Tecnos, 1985), pp. 396ss; en Chile, estudiando la cuestión en el estado de la antijudicialidad: Bustos Ramírez, J.: *El Delito Culposo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995), pp. 74ss; una síntesis de distintas teorías referidas al contenido normativo de la imputación, con especial tratamiento sintético de las posturas de Roxin y Jakobs, en Zaffaroni, E.: *Derecho Penal. Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2002), pp. 463ss; "la producción del resultado ha de ser justamente la concretización de la lesión de cuidado"; también Weizel, H.: *Derecho Penal Alemán* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 163.

3 Que la propia Corte repudia en la resolución recaída en *contra Díaz Villarreal*, comentada más adelante.

4 Fundador de la teoría en cuestión. *vid.* Roxin, *op. cit.* en n. 1, p. 380.

5 *ibid.* 375. Estaríamos más cerca, entonces, del antiguo "caso del pelo de cabra" (BGHSt 21, 59), para el cual la solución en doctrina es clara en orden a que no se puede imputar normativamente el resultado a la conducta imprudente.

objetivamente el resultado, pues allí se incrementa "de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal"⁶.

Es evidente que la hipótesis fáctica que motivó la causa que nos ocupa reconoce una mayor proximidad con el segundo supuesto, ya que no es claro que la muerte del menor igualmente se hubiese producido si el vehículo hubiese contado con un buen sistema de frenos. Por eso es curioso, por decir lo menos, que la propia Corte Suprema incluya este colofón de la seguridad del resultado en una conducta alternativa, ya que echa por tierra una posibilidad de fundamentación y respaldo para su decisión. Decimos que esto último sólo representa una posible solución, pues la doctrina en este punto no sigue plenamente los postulados de Roxin, de manera tal que aun asimilando el caso concreto a uno de posible resultado lesivo, es dudoso que la solución pase por entender configurada la imputación objetiva.

Así, desde el planteamiento de Jakobs podemos observar que, pese a lo que inicialmente pudiera pensarse⁷, cabe rechazar tal configuración atendida la debilidad radical de la teoría del incremento del riesgo como causa de responsabilidad y la necesidad de respetar el principio *in dubio pro reo*.

De esta forma, y acorde con sus postulados fundamentales, Jakobs arguye que es inaceptable la premisa de dicha teoría según la cual no es posible fraccionar el riesgo, pues ello acarrea la eliminación de la idea de riesgo de la vida, con lo que estaríamos a las puertas del *versari in re illicita*⁸.

En cuanto al principio *in dubio pro reo* - aplicado al caso resuelto por la Corte - lleva a concluir que el riesgo consistente en manejar con los frenos en mal estado no está en una relación planificable con el cruce intempestivo del menor; en otras palabras, no se trata de que no sea un comportamiento desaprobado, sino de que no está probada la atribución del resultado. Entonces, si bien para Jakobs los comportamientos alternativos conformes a derecho son irrelevantes, ello no conduce a resolver la cuestión tal como lo hace la Corte Suprema, justamente porque, a su juicio, el *quid* del asunto no estriba únicamente en que el conductor genere desaprobadamente el riesgo de muerte del

6 *ibid.* 379ss. Acá la hipótesis se aproxima a la del famoso "caso del ciclista" (BGHSt II, 1), que recibe similares respuestas de los autores. En todo caso, comentándolo, Cury - redactor del fallo que nos ocupa - manifiesta que difícilmente se cumple con las exigencias de la equivalencia de las condiciones, agregando que estima insatisfactorio reemplazar, en concreto, dicho criterio por el del aumento del riesgo de la imputación objetiva: Cury, E.: *Derecho Penal. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994), t.1, p. 293.

7 En atención a que su sistema lo lleva a rechazar la idea de las conductas alternativas conforme a Derecho, Jakobs, *op. cit.* en n. 1, p. 122ss; sobre lo mismo, Silva Sánchez, J.M.: "Informe sobre las Discusiones" en J.M. Silva Sánchez (ed), *op. cit.* en n. 1, p. 184, donde se recoge la polémica surgida en el Seminario llevado a cabo en la Universitat Pompeu Fabra entre, en lo que ahora nos ocupa, Jakobs y Frisch. Una visión más amplia de sus postulados (y consecuencias) en relación a la imputación objetiva, en Peñaranda, E., C. Suárez y M. Cancio, *Un Nuevo Sistema del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999).

8 Jakobs, *op. cit.* en n. 1, p. 124ss. Además, las consecuencias que trae aparejada dicha teoría a nivel de castigo de la tentativa imprudente acabada, operando el resultado como condición objetiva de punibilidad, que lleva a pensar en delitos de peligro, no estarían plenamente asumidas por sus defensores. En el mismo sentido, y resaltando que el acto debe tener el significado de ser gestor de daños: Jakobs, G.: "El Sistema de imputación jurídicopenal" en G. Jakobs y E. Struensee, *Problemas Capitales del Derecho Penal Moderno* (Buenos Aires: Hammurabi, 1998), pp. 42ss.

menor (imputación de comportamiento), sino que es necesario, además, que la muerte esté en relación planificable con su comportamiento (imputación objetiva de resultado); si esto no es palmario, la consecuencia es la imposibilidad de imputación.

Así las cosas, frente a una cuestión de por sí compleja, ante la cual la doctrina presenta alternativas disímiles — que simplificamos en el trabajo de los más relevantes autores de los últimos años, tras los cuales se agrupan, además, buena parte de los principales especialistas jurídicopenales — esta resolución de la Corte Suprema agrega elementos que más que apuntar al esclarecimiento del mismo, dificultan su análisis.

Tal vez una vía que permita avanzar en la búsqueda de soluciones satisfactorias pase por desarrollar la idea de finalidad o ámbito de protección de la norma de cuidado, entendida ésta como “la exigencia de que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo creado mediante la infracción de la norma de cuidado y no de otro riesgo”⁹.

En *contra Diaz Villarroel*, la Corte Suprema rechazó un recurso de casación en la forma deducido por el imputado, a quien el Primer Juzgado del Crimen de Puerto Montt condenó por el cuasidelito de lesiones graves, resolución que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de la misma ciudad.

Sintéticamente, el recurrente expresa que el tribunal de alzada no practicó algunas diligencias probatorias que fueron decretadas, tendientes a demostrar que el vehículo contra el cual colisionó no era conducido por quien apareció haciéndolo, a la vez que el verdadero chofer habría manejado en estado de ebriedad. La Corte Suprema estimó que esa prueba era irrelevante, pues estaba acreditado en autos que el imputado cruzó la calle sin respetar la señalización de un semáforo que funcionaba adecuadamente (c. 2), de manera tal que quién, y bajo qué condiciones, manejaba el otro móvil es indiferente, pues la conducción en estado de ebriedad no es un delito calificado por el resultado, lo que redundaría en un *versari in re illicita* (c. 4).

Entonces, el razonamiento de la Corte transita principalmente a través de la cuestión de la naturaleza jurídica del delito de manejo en estado de ebriedad, lo que lleva a cabo indicando qué clase de tipo no es.

Desde una perspectiva positiva, los planteamientos de la doctrina son marcadamente contestes en orden a considerar que se trata de un delito de peligro abstracto¹⁰, en que no se requiere, por tanto, una lesión concreta a un bien jurídico en grado de proximidad. Por lo demás, así lo han señalado nuestros tribunales¹¹. Debe entenderse, en todo caso, que si bien el tipo del artículo 121 inciso 1º de la ley 17105 encuadra en dicha categoría, los contenidos en los incisos 2º y 3º escapan a la órbita del peligro y exigen que la conducción en

9 Fejóo, *op. cit.* en n. 1, p. 337.

10 Roxin, *op. cit.* en n. 1, p. 336; Mir Puig, *op. cit.* en n. 2, p. 209. Puede verse, a este respecto, los fallos citados en Villalobos, S. R. Figueroa y J. C. Maquiolo: *Conducción bajo la Influencia del Alcohol y Estado de Ebriedad* (Santiago: Editorial Jurídica CONOSUR, 1999), pp. 398s, y en Silva, H.: *El Delito de Manejar en Estado de Ebriedad* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000).

estado de ebriedad cause un resultado concreto, sea de lesiones o muerte¹². No cabe, por tanto, responsabilizar sin más al autor del delito de manejo en estado de ebriedad por tales consecuencias, siendo necesario que ellas puedan imputarsele objetiva y subjetivamente. En otras palabras, las figuras contenidas en dichos incisos corresponden a tipos de resultado.

Este criterio, al exigir que el resultado lesivo pueda imputarse a la conducta del conductor, impide que nos situemos en el margen operativo de los delitos calificados por el resultado¹³ que, en su concepción original¹⁴ y como concreción del *versari in re illicita*¹⁵, representan una vulneración del principio de culpabilidad.

Luego, el fallo comentado discurre acertadamente negando la vigencia en el caso concreto de la calificación por el resultado, lo que no sólo cuenta con respaldo a nivel doctrinario y jurisprudencial (c. 4), sino que también constitucional y legal¹⁶.

De todo lo anterior surge, por último, la necesidad de comentar, aunque sea brevemente, dos cosas. La primera de ellas hace referencia a que se echa de menos una labor más acuciosa de los tribunales respecto de la supuesta conducción en estado de ebriedad del conductor del vehículo que sufrió el choque, pues una cosa es que ello no sirva para fundar su responsabilidad respecto del accidente mismo y las lesiones originadas por él, y otra muy distinta es que pueda haber cumplido el tipo específico del inciso 1º del artículo 121 de la ley en cuestión.

La segunda reflexión se vincula con la comparación que puede sostenerse entre el fundamento sobre el cual reposa esta resolución de la Corte Suprema y el que sirve de sustento para la emitida en *contra Cordero Cordine*, recién comentada. Lo que en cierta medida hizo la Corte en ella fue establecer que manejar con infracción de reglamento responsabiliza por los resultados que se produzcan, con relativa independencia del juicio de imputación. Es justamente eso lo que se niega ahora al exigir que el resultado lesivo esté especial y normativamente conectado con el accionar del agente.

12 En concreto, los términos empleados por el legislador son los siguientes: “si a consecuencia de desempeñarse en estado de embriaguez, se causaren”, “si resultare la muerte”.

13 Jescheck, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte general* (Barcelona: Bosch, 1983), pp. 335ss; aquellos en que “la especial peligrosidad inherente a determinadas acciones por sí solas ya punibles, conduce a castigarlas con pena sustancialmente mayor cuando el peligro típico que el hecho encierra se realiza en un resultado lesivo”.

14 En el derecho comparado es común encontrar intentos legislativos destinados a acomodar dichas figuras dentro del esquema general de un Estado democrático de derecho, lo que viene concretándose desde hace más de medio siglo en Alemania. Una visión de esto en Gómez Benítez, J.M.: *Causalidad. Imputación y Cualificación por el Resultado* (Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988), pp. 83ss. Se exige, al menos, la concurrencia de culpa (y cada vez más de imprudencia temeraria) en la producción del resultado.

15 Principio derivado del derecho canónico: *versari in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*.

16 Atendida la consagración constitucional del principio de culpabilidad y, en el plano específicamente penal, la correcta interpretación de los arts. 10 N° 8, 71 y 490 CP.