

## LA CREACIÓN JUDICIAL DE DERECHO EN MATERIA PENAL, SU REAL PROBLEMÁTICA GENERAL EN CASOS CORRIENTES Y NO RUTINARIOS.

“No hay otro derecho que el positivo, por lo cual la ciencia jurídica no versa ni sobre los valores conectados con el derecho, ni sobre los hechos (físicos, psíquicos, sociales) aparejados a él”. Jorge Millas.

### **Autor:**

Christian Alfaro Muirhead\*

## I

Claramente, pensando en un no muy antiguo y meritorio escrito del profesor de la U. de Valparaíso, Claudio Oliva Ekelund, en la Revista de Ciencias Sociales del segundo semestre del año 2000, “Sobre el Razonamiento Jurídico”, edición dirigida por Agustín Squella, las notas del presente ensayo apuntan a una temática que pudiera a primera vista estimarse como una auténtica provocación. Ello, la verdad, no es tal, como quiera que, más allá de un ejercicio de algo así como cuarenta años de una continuada labor jurisdiccional especializada en materias de derecho penal en mi país, el principio tan tradicional, básico, como severo, de la legalidad, percibido en general por los jueces de una manera cuasi omnipresente al tiempo que como una potencia de semejante calibre, en su más evidente literalidad, pudiera invitar a cualquier cultor de la rama de la filosofía del derecho o metodología jurídica hacia una no regodeada obliteración de su tratamiento en dichas áreas, las penales por cierto, como una consideración, claro, tan deferente como debida a una suerte residual de diplomacia académica elemental. Así fuere por respeto, por otra parte, a esa gran magistrada, que bregó denodamente hasta el final por lo que ella creía en lo que consistía o debía significar la independencia de los jueces en Chile, señora Raquel Campusano, que acaba de fallecer hace muy poco (QEPD).

Lo primero con que uno se enfrenta, en tanto que primerizo en dichas prácticas, tratándose del ejercicio de la jurisdicción en materia penal, es su acercamiento que empieza de modo natural, diría que de tipo inmanente, por experimentarse de manera normal y corriente, espontáneamente, como una cuestión eminente de carácter moral. Incluso como una necesidad o inevitabilidad no racional o teórica hasta para los propios jueces. Los conceptos diferenciados de derecho y moral de Hart cuando vienen, y si lo hacen, ello ocurre creo demasiado tarde, como una cuestión a la que ni siquiera escapan los legisladores: los promotores y principales actores de la ley penal general. Su vinculación con la eticidad de las prácticas hegelianas de la teoría del estado acerca de dichas materias, la dramaticidad de sus figuras normativas, se hacen patentes, fuera de cualquier acondicionamiento profesional o técnico, de un modo sorprendentemente inescapable e inmediato. Solo luego de una más o menos prolongada rutinización abordada siquiera con algún mínimo espíritu de carácter científico, hartamente general, es posible o se hace recién llevadera una praxis manejable desde una determinada perspectiva teórica de su universo propiamente normativo. Fallar en derecho penal no es tampoco en caso alguno una cuestión de formatear estudios en su matriz de orden criminológico o de sociología jurídica. Sigue allí campeando pues el principio de imputación y nunca el de causalidad suficientemente

---

\* Juez 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago

descartado en su tiempo, también, en el Instituto de Filosofía de la U. de Chile, por el epistemólogo argentino Mario Bunge en 1955, fallecido hace poco en Canadá.

Es debido a lo anterior que cualquiera que observe desde la inmanencia de su propio trabajo la distancia en extremo notoria que se aprecia existe entre la teoría penal, tanto general o especial, comprendida las cuestiones normativas, metodológicas y lógicas de suyo implicadas en aquéllas y la praxis adjudicativa que en la misma se produce, por lo que hace -desde luego- a la asignación de responsabilidades de los justiciables en la sede institucional correspondiente. Ello, así ocurre tratándose, por cierto, a partir de la aplicación de este específico orden normativo desde la propia judicatura, independientemente de la actividad de los otros poderes del estado, por lo que resulta, pues, pertinente, acá, un desbrozamiento radical de semejante praxis hacia el logro de una verdadera, útil, económica, justa, positividad. Incluso, tratándose de la aplicación del moderno instrumento jurídico que constituye el Código Procesal Penal del año 2000, de inspiración más continental que anglosajona aunque renovada, ello se observa como ocurrente, también, en su propia etapa revisora o pudiéramos decir de casación o nulidad, desde una perspectiva más bien regresiva ante semejante instrumento reformador en el área que nos ocupa.

## II

Junto a Kelsen, sin falsos rubores, sostenemos que las sentencias judiciales, de la naturaleza que sea, civiles o penales, incluidas las de los tribunales especiales, tanto judiciales como los actuales administrativos chilenos, en sus etapas iniciales al parecer de alta y calificada capacidad técnica, constituyen normas particulares que en su sentido final pasan a integrar *sin complejos* el orden jurídico total de un Estado Constitucional Democrático de Derecho. Pudiéramos agregar vivo y en movimiento. Con apetito de eficacia aunque con algo de molicie ante los valores. Como cualquier materia orgánica sin que de ello resulte para nada el desastroso apelativo que sonrojaría de horror, con razón, a un Renato Cristi. Lo anterior, en el sentido de un Estado Moderno que nada tiene que ver con aquél concebido desde un punto de vista positivo comteano, esto es, como uno configurado metafísicamente fijo, acabado y permanente, de una vez y para siempre, sin vida, fosilizado en su siempre oscura enormidad y pesadez.

El mismo, el estado en su existencia, desde luego tratándose de un orden jurídico democrático, decimos, desde un punto de vista normativo se hace de un modo constante en la convivencia diaria de sus sostenedores y destinatarios, en todo momento. Siendo ello así, a partir de la identificación prima facie Derecho y Estado, según la gradualidad en la que lo concibe la Teoría Normativa de Kelsen, toda sentencia judicial, alcanzada o no en su nivel de control último, no solo se entiende como producida de resultados de una mera aplicación del derecho vigente cuanto que al propio tiempo la misma crea (siempre) derecho. No ver así esta cuestión, si se me permite decirlo, sin por ello tener para nada una adhesión o visión en absoluto de carácter biologicista o psicologista cuando no psiquiátrico-social, de ambas categorías, derecho y estado, en la modernidad, las mismas no pasarían de constituir en la realidad un mundo normativo en riesgo de caracterizarse de esquizofrénico-paranoide-catatónico, plagado de delirios y alucinaciones sin sentido, para decirlo de una manera suave, pictórica, simplemente, debido a un alejamiento creciente, dramático incluso, de las estructuras normativas del orden jurídico y sus destinatarios. Pruebas de ello hemos tenido

últimamente incluso tratándose de potencias democráticas de primer orden a la hora del asalto tumultuario de las escalinatas del Capitolio en los EEUU de América este mismo año, en enero de 2021.

Pues bien, asentado lo anterior de manera general, incluso en un sentido autopoyético o sistémico como nos lo definiera S. Goyard Fabr  en la Francia de los 90, si se quiere, las sentencias del orden jurídico penal al par de aplicar el derecho vigente no solo crean, según corresponda, normas generales al decir de Eugenio Bulygin, quien excluye a las individuales sin ninguna explicación válida en su propio entramado teórico normativo, cuanto que como también decimos nosotros, por las razones y principios antes aducidos, crean pues simultáneamente normas particulares e individuales.

C mplenos pues, así, transparentar por enésima vez, al contrario de lo que hace por ejemplo Flavia Carbonell en la U. de Chile cuando viene en destacar lo que según ella indica qué queda del autor de la *Reinerechtslehre*, en el marco de este muy breve, sobre simplificado ensayo, nuestra adhesión siempre en progreso ante la inagotable fuerza teórica del kelsenismo, cultivada creemos con seriedad por años, a partir de una consideración del mismo como una concepción del derecho y de la ciencia jurídica en su sentido kantiano no superada en su entera y más completa organización teórica en Occidente desde su aparición en Ginebra, en 1934, por ningún otro jurista del planeta. La impresionante vigencia de su prólogo nos impide atónitos cualquiera confusión sobre este punto. Convulsionado aquél, como todos sabemos, de qué manera, por más de 100 años. Kelsen como juez constitucional supo siempre valorar con agudeza y visión dicha perspectiva en eso de pensar las normas como anota hoy Ricardo A. Guibourg. De ello creo por mi parte haber dado pruebas desde mi praxis judicial en no pocos escritos tanto prácticos como teóricos de la mano de distinguidos profesores como Jorge Millas, Alfredo Nazar, según siempre me corresponde reconocer, Norberto Bobbio, Alf Ross, Karl Olivecrona, John Austin, no solo del que el propio Kelsen se reconoció tributario cuanto que también comprendido pues el lingüista o filósofo del leguaje de los 50 que distinguió claramente la aplicación de la creación del derecho en Inglaterra; Mario Losano, R. Torreti, Eugenio Bulygin; y, la verdad tantísimos otros que no viene al caso enumerar, del tipo de un Evgeni B. Pasukanis, o Wróblewski en los países de los "socialismos reales" de R. Bahro o Manuel Atienza, en sus tiempos anteriores a la Constitución Española de 1978. Su Teoría General del Derecho y del Estado que constituyó la versión angloamericana de su famosísima obra antes nombrada, sin duda está llamada a renacer con brillo en dicha cultura que hoy brega por fisonomizarse en su exclusividad en un mundo pluricultural, lo que igual ocurrirá con el filósofo germano norteamericano H. Marcuse, tras la conciencia de las profundas crisis del derecho que tuvieron lugar en el orbe híper globalizado luego de la guerra de Viet-Nam, la ca da de la democracia en Chile y tras los desastrosos resultados de la guerra en Afganistán el 2021. El Nuevo Orden Mundial que deberá emerger de nuevos acuerdos jurídicos, políticos, diplomáticos, militares, económicos, comerciales y otros completaran con alguna inexorabilidad una mínima juridicidad no nuclear con la inclusión de China en aquél, así sea con una enorme, crucial lentitud y pesantez en el encuentro o hallazgo natural de su actualización y contemporaneidad.

### III

Según lo señaláramos al comienzo, la teoría del delito rara vez es consultada de veras in situ por los jueces en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Ese es un hecho bastante generalizado debido entre otras razones a la brevedad y celeridad de las deliberaciones de las etapas decisorias de los juicios orales penales. Los elementos y la estructura de la teoría del delito han alcanzado después de C. Roxin o G. Jakobs una significativa sofisticación científica por lo que hace a la constitución más o menos corriente de los casos penales que en su tratamiento masivo llegan en el presente a los tribunales.

Haciéndonos cargo del plexo hoy en día hartamente variado como extenso de figuras delictivas propias de la modernidad, la adecuación teórica y estructural de los diferentes delitos, unido ello a las propias clasificaciones inherentes a la dogmática, así como las materias que pasan a constituir los respectivos bienes jurídicos de la parte especial, las más de las veces cabe encontrarlas sin ningún esfuerzo como bastante alejadas en todo caso de lo que pudiéramos llamar algo a la ligera como una actuación constitutiva de una mera aplicación del derecho penal vigente.

Por cierto, cabe puntualizar, nos estamos refiriendo a las decisiones finales de los tribunales orales penales colegiados existentes en nuestro medio nacional. Su praxis, se sabe, poco y nada tiene que ver con la práctica de los tribunales de garantía de carácter unipersonal, situados en una posición ex professo de tratamiento masivo y rápido de casos que prima facie distan orgánica y normativamente de las cuestiones que propiamente deben resolverse en sede jurisdiccional y de fondo tratándose de casos penales reconocidamente más complejos y decisivos que aquellos tanto desde un punto de vista normativo social como desde una perspectiva político criminal del estado en cada época que comprenda su diseño, ya sea a partir de la acción legislativa como a partir del esfuerzo del ejecutivo en su carácter de colegislador permanente.

El estado de derecho, en este orden de consideraciones, vinculado desde luego a partir de una práctica democrática del mismo, comprendida la faz de colaboración última y sustantiva de los poderes del estado, supone una calidad de decisiones, fallos y sentencias que al par de ejecutar las leyes penales generales y abstractas como cuestión primordial, al momento de ser aplicadas por los jueces, los mismos son no pocas veces también al propio tiempo actos de creación de derecho. Esto, desde la dimensión que estamos tratando la presente cuestión de los actos de aplicación como diferentes y concurrentes de manera simultánea a de los de creación jurídica o de derecho resulta pues evidente, no discutible. Dichos jueces penales, en la producción normativa en la que están llamados a pronunciarse en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales al decir de un Benjamín Cardoso sin lugar a dudas que más allá del momento propiamente de la aplicación de una ley general y abstracta del orden penal, crean derecho. En particular ello se aprecia de manera más evidente como señalara el juez norteamericano en tiempos de crisis. Dibujarlos o ponerlos como meros aplicadores mecánicos de las mismas (el llamado poder nulo al que en un tiempo iluminista nos retrajo el actual constituyente Fernando Atria) supone desconocer no solo la naturaleza del moderno derecho penal dentro de un orden jurídico con sus crisis nada infrecuentes cuanto que ello implica la verdad un lamentable empobrecimiento de las propias creaciones legislativas de esta especie (cuestiones de género, delitos sexuales, migrantes, minorías étnicas, protección a la infancia y adolescencia, delitos económicos,

corrupción, tráfico de armas, narcotráfico, lavado de dinero, protección de derechos fundamentales, delitos informáticos, responsabilidad de las personas jurídicas, terrorismo y otros) así como su significado, al par que banaliza, raquitiza, sin ninguna seriedad ni científica, ni política ni moral, un haz de sofisticados instrumentos normativos especiales tanto desde una perspectiva económica, social y cultural, de manera absolutamente evitable, reconducible.

En suma, como decía mi recordado maestro de Teoría General del Derecho, en el primer año de nuestros estudios universitarios, en la U. de Chile, a fines de los 60 del siglo pasado, la unidad de validación kelseniana de las normas más particulares, incluidas las individuales comprendidas en las sentencias de los tribunales, se validan por su enlace con las normas más generales y abstractas del sistema normativo que establecen el o los órganos y los respectivos procedimientos de creación del derecho. Ello, hasta llegar a la norma fundamental de dicho sistema del cual arranca la validez total del mismo. C. S. Nino llegó a niveles -después en los 90- extraordinariamente dinámicos en esta clase de operaciones teóricas y hermenéuticas a partir de la constitución. Dicha norma, recordaba mi estimado maestro, no ha sido puesta por ningún órgano del sistema; es el teórico general del derecho, el cultor de la Ciencia Jurídica, como dirá también en ese tiempo Jorge Millas, en un trabajo la verdad póstumo de 1982, quien le da existencia reflexiva a partir de la eficacia total de aquél, en cuanto hecho dotado de significación normativa. El mismo, decía con propiedad, se denomina principio de legitimidad o legalidad reforzada y verificable de la relación interna dentro de la estructura del ordenamiento jurídico, término este que se extendió por vez primera en este exacto sentido de Kelsen por la Constitución Española de 1978, país hoy miembro de la Comunidad Europea del siglo XXI. En definitiva, los mecanismos de creación y aplicación del derecho, de las normas sustantivas y las antiguamente llamadas adjetivas o procesales son las que fijan de manera principal *el órgano la verdad creador del derecho* por antonomasia al tiempo que le señalan el procedimiento respectivo, en sus niveles adecuados, prácticos, democráticos.

#### IV

En este apartado corresponde ya dejar sentado lo que señala Enrique Bacigalupo Z. en su obra Derecho Penal y Estado de Derecho (Chile 2005 EJCH) cuando se ocupa de los límites políticos del derecho penal: La Constitución de la II República (1931) estableció que “la justicia se administra en nombre del Estado” convirtiendo el derecho de gracia en tanto que expresión del ius puniendi en una facultad judicial del Tribunal Supremo (art. 102). La Constitución de 1978, por su parte, continua, ha seguido un camino que hasta ahora no ha sido dogmáticamente explorado, pues establece un cambio en el sujeto titular cuando señala ahora que la “justicia emana del pueblo” en su art. 117.1º, cuestión que debe ser entendida como el reconocimiento de un fundamento democrático de la misma. Con todo lo que ello implica desde luego. Después de referirse a la remisión condicional de la pena, la libertad condicional anticipada y los llamados sustitutivos penales que sustraen del objeto del ius puniendi un amplio ámbito problemático que ha sido la materia moderna del indulto, *el mismo autor destaca como dice él, también, que es en el marco de una política criminal basada en la convicción de que el más fuerte obstáculo para la eficacia de las leyes es la esperanza de impunidad.* Es por ello que, citando a V. Hippel, aunque no lo dice, pensando en Hegel, en una teoría absoluta de la pena la prescripción de la acción para la persecución del delito o del derecho estatal, una redundancia para Kelsen, a la ejecución de



la pena, resulta ser en su estima una institución de difícil justificación. Por último, en el capítulo antes precisado el autor dice casi al final *“el poder del tiempo Die Macht der Zeit de Berner, es extraordinariamente relativo”*. La imprescriptibilidad, continúa, de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad decidida por la Resolución de la Asamblea General de la ONU 2391 (XXIII), de 26-11-68, o la imprescriptibilidad del delito de genocidio establecida en los arts. 131 y 133 del Código Penal español, así como hoy también ocurre en Chile, ponen de manifiesto que la prescripción no es una institución necesaria y que el tiempo no siempre opera favoreciendo el olvido. Nosotros pudiéramos agregar que la cosa juzgada no es sostenible como absoluta tratándose de la responsabilidad de los Jefes de Estado en caso alguno tratándose de la administración del mismo en el tiempo de sus mandatos en la A.L.

Ahora bien, abreviando en orden a los fines del presente trabajo, el mismo autor, en el capítulo referido a la vinculación del juez penal a la ley, nos recuerda que *el “Tribunal Constitucional de España, ha reconocido claramente que el ordenamiento jurídico no sólo se compone de leyes en la STC 89/83 en la que dijo, a propósito de la figura del delito continuado, entonces no contenida en la ley, que ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez para resolver, mientras no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento jurídico, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la ley”* “El T.C. aclaró asimismo que *“la facultad de interpretar y aplicar la ley penal (...) corresponde a los tribunales de ese orden (art. 117.3 C.E.)”* Esto declaró igual después el Presidente de la C.S. Servando Jordán López, cuando ya avanzando en los 90 ejerció de tal en la misma, en Chile. (Diario La Época, 1º de noviembre de 1996). Aquellas palabras dejan claro, dice siempre Enrique Bacigalupo, a quien tuve el honor de conocer e intercambiar algunas palabras en el Max Planck Institut para el Derecho Penal de Freiburg im Br. en diciembre 1977, que la distinción entre aplicación e interpretación de la ley que caracterizó a las Constituciones de España de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876 ha sido entendida como ajena a la Constitución vigente de 1978. *“Los jueces no sólo deben interpretar y aplicar un texto legal, sino que además –aunque no lo dice expresamente el STC– deben aplicar el derecho”* (pág. 47). El Ordenamiento Jurídico español, remachó Bacigalupo, desde su vértice normativo, admitió que una figura que el juez ordinario ha hecho de la ley penal, proveniente de una construcción que sólo se podía justificar a partir de principios muy generales del derecho penal, era compatible con la aplicación de una ley que guardaba silencio sobre ella. *“En suma, también sostuvo, una aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales (implícitos) en la misma”*

Un recuadro aparte requiere su siguiente aserto en esa misma página: La doctrina de estas sentencias ha sido recogida más tarde en el art. 5 LOPJ que impone a los jueces y tribunales *“interpretar y aplicar”* las leyes y los reglamentos según los *“preceptos y principios”* constitucionales. El juez no está vinculado sólo a la ley y a la Constitución, sino también a los valores fundamentales que forman parte del orden jurídico y que la Constitución solo enuncia; dentro, desde luego, de una determinada, adecuada, coordinación de poderes, agregaríamos nosotros. Basta con tener presente el instituto jurídico en nuestro ordenamiento jurídico del juicio político de la C.P de la R. a los jueces. El ex diputado Campos o el ex senador Escalona algo podrían decirnos al respecto en Chile.

## V

Sobre el punto, en Chile cabe recordar asimismo que la dogmática penal del delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal vigente al 20 de septiembre 1993, fundamentalmente, fue o llegó a significar, dentro de nuestro ordenamiento jurídico punitivo, el único, primero o principal medio jurídico legal que permitió inicialmente, de manera crucial, efectiva, transitar en los hechos de un sistema jurídico extracosntitucional, autoritario, a otro de carácter democrático camino a uno constitucional de derecho de cara a la grave cuestión de las personas desaparecidas, torturadas y asesinadas por motivaciones políticas o ideológicas tras los sucesos que se iniciaron con los bombardeos por aviones de guerra y la quema, a medio día en Santiago, de la Casa de los Presidentes de Chile el 11 de septiembre de 1973. Para muy luego reducir también a cenizas los registros electorales del país. Ello ocurrió, objetivamente, mediante la interpretación y aplicación argumentativa y creación de derecho por la dogmática o doctrina de la ciencia jurídico penal de nuestros tribunales que tuvo el alcance de entrar a operar soberanamente en el territorio del país, con anterioridad a la aprobación en Brasil por los Organismos Internacionales de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas por Agentes del Estado, el 9 de junio de 1994. Incluso en la fecha primera que se indica en este apartado dicha sentencia de primera instancia, que acreditó el delito de secuestro como figura delictiva de efectos continuos o permanentes estableció que dicha cuestión impidió que pudiera entrar a operar, por simple lógica, la mas de dos veces milenaria institución de la prescripción. Estos dispositivos jurisdiccionales e institucionales o figuras jurídicas penales operaron, asimismo, con anterioridad al Tratado de Roma que estableció con jurisdicción mundial el Tribunal Penal Internacional, después del de Núremberg, de manera permanente, en 1998. Este hecho jurídico, en el plano de los Tratados, cabe destacar también, fue lo que permitió posteriormente, según Miriam Henríquez Viñas (2008), una mejor aplicación del derecho interno en relación con el internacional, de manera más fluida y plenamente coherente por nuestros tribunales en sus diversas jerarquías o especialidades, como lo prueba o acredita con mayor claridad la sentencia de la Corte Suprema chilena del 25 de septiembre de 2008, en la causa Rol N° 4.662-7, en la cual tratándose de un delito del artículo 141 del Código Penal, se aprecia una superior coordinación de ambos sistemas jurídicos, el nacional con el externo, sobre todo tratándose de las cuestiones civiles derivadas de dicho ilícito penal. Sobre estos respectos cabe recordar también la sentencia del 12 de agosto de 1998, Rol N° 201-1997, mediante la que se acogió por la Corte Suprema el recurso de casación señalando la procedencia de las acciones indemnizatorias una vez declarada la nulidad de derecho público de los decretos N° 128 de 1976 y el N° 16 de 1977 y que sentenciara la jueza titular, Ada Gajardo Pérez (QEPD), del 19° juzgado civil de Santiago, el 29 de septiembre de 1995.

Se sabe por la intervención del letrado Alfonso Insunza Bascuñán que la Sala Penal de la C.S. el 5 de diciembre de 1995 había fallado en el sentido antes consignado y fue únicamente en virtud de ello que se produjo el desafuero del Senador Vitalicio A. Pinochet U. el año 2000, cuestión que significó su cesación en la práctica de dichas funciones legislativas con anterioridad a la Reforma Constitucional de la República en el 2005. Lo propio aconteció con el juzgamiento y condena de los altos oficiales militares de los aparatos llamados de seguridad que operaron en el país después del Golpe de Estado, responsables del desaparecimiento masivo de personas, luego de padecimientos inenarrables, de los que fueron víctimas centenares, la verdad miles, de chilenos después

del 11 de septiembre de 1973. La primera sentencia dictada por la C.S. luego de ocurridos 29 años del secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez la misma señaló que éste se prolongó por más de 90 días y aún no se tienen noticias de su paradero. Ello, es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado, que es un delito permanente, toda vez que la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él ha persistido la acción y el resultado, señaló su juez redactor de la C.S. Jorge Rodríguez Espoz, el 17 de noviembre de 2004. La segunda sentencia que definió de una vez esta situación solo con jueces titulares de la Corte Suprema de Chile, en la causa rol N° 2.182-98, relativa al secuestro de Diana Frida Aarón Svigilsky, el 30 de mayo de 2006, estableció: En realidad la sentencia impugnada (de casación) ni siquiera hace una fijación precisa de los hechos sobre los que versará el enjuiciamiento posterior, como se pasará a demostrar. Luego, reproduciendo el razonamiento primero del fallo recurrido, en el motivo quinto, dijo tener por acreditado que Diana Aarón, nacida el 15 de febrero de 1950, “fue detenida por la DINA a las 15 horas del, 18 de noviembre de 1974 en Ñuñoa, en plena vía pública, sin orden administrativa o judicial, no habiéndose logrado probar en el proceso que a partir de esa fecha la privación de libertad de la víctima se haya seguido consumando en el tiempo” para precisar lo siguiente el juez redactor de la C.S. E. Cury : “Como aparente consecuencia de lo expuesto, en el considerando 3° se concluye que “en el proceso se encuentra probado que agentes de la DINA, entre los días 18 de noviembre de 1974 y al 20 de enero de 1975, aproximadamente, detuvieron y mantuvieron encerrada ilegítimamente a la víctima, resultando ésta con un daño grave en su persona e intereses”. En el motivo sexto de la sentencia de casación de oficio precisó aún más dicho extremo: La sentencia recurrida, “luego de dar correctamente por establecida la existencia de un delito de secuestro, sorpresivamente considera probado que éste cesó de ejecutarse “no más allá del 20 de enero de 1975”, “sin decir siquiera en qué oportunidad precisa ocurrió esto último, y si sucedió porque la víctima murió, porque se fugó, porque fue puesta en libertad o por cualquier otra razón imaginable”. En cambio, sostiene el fallo de casación, no es posible exigir, eso es un sofisma, que se acredite por los querellantes, invirtiendo el peso de la prueba en el proceso inquisitivo en que la misma siempre es de cargo del juez, que a partir de esa fecha, que aquella sentencia de la Corte de Apelaciones indica, la privación de libertad de la víctima no se haya seguido consumando en el tiempo. Esto, lo juzga el fallo de la Corte Suprema, redactado por el juez Cury, tratadista de derecho penal general y profesor universitario, un verdadero despropósito, “pues tal prosecución (de la abducción o plagio) se deduce inmediatamente de que la víctima fue secuestrada y de que en el proceso no ha podido acreditarse que la privación de libertad haya finalizado; sólo la prueba de esto último permitiría afirmar que la consumación del secuestro había terminado y precisamente en la fecha y hora de recuperación de la libertad o pérdida de la vida de la ofendida”.

La actuación de los tribunales de justicia en las tareas que no han cesado hasta la fecha de relegitimación jurídica y moral del Estado de Chile, así como de su Ordenamiento Jurídico, en el marco del antiguo código de procedimiento penal de 1911, pareciera en la hora presente cumplida en lo esencial, mediante precisamente el uso que evolutivamente los mismos hicieron de una parte de la dogmática jurídico-penal relativa al delito de secuestro como legalmente consagrado en su positividad como de carácter permanente o de ejecución continua, tal como lo describieran en la exposición de su desarrollo ante la amnistía los profesores Jaime Couso y Jorge Mera en un trabajo jurisprudencial del año



2007 (UDP), en su apreciación normativa, independiente de la causación naturalística de determinados efectos de orden material en su sentido físico, escamoteados, como lo sabe el académico Joaquín García Huidobro, quien sostiene la existencia falaz de un “secuestro permanente”, profesor de derecho en la Universidad de Los Andes; y, que como lo recordó siempre, José Zalaquet, desde la U. de Chile, *no cabe pues la impunidad* como quiera que, de manera inconcebible, quienes ejercieron la suma del poder político y militar en un Estado, desde este punto de vista, de la comisión masiva de desaparecimientos de personas por motivos ideológicos, de carácter absolutamente fratricida, en una dimensión claramente terrorista, desde su ámbito estatal, autoritario en grados y niveles completamente desconocidos en nuestra historia política e institucional. El 29 de junio de 2008 el abogado José Zalaquet (QEPD) señaló en entrevista al decano de la prensa nacional “aquí viene el profundo error de los movimientos militares, quienes no solo se rehúsan a decir cómo murieron o dónde están los restos de los desaparecidos, sino que quieren a la vez guardar silencio y que se asuma (*legalmente por la sociedad*) que están muertos y no secuestrados”.

## VI

En orden a finalizar este trabajo desde su encabezamiento, resulta evidente que la tensión entre el ser y el deber ser, más allá de la Introducción a la Metafísica de Heidegger de 1952, la ciencia jurídico penal, en el límite de sus contornos, en los que se conecta de manera invariable con la filosofía del derecho, baste por ahora la consideración de una serie de evidencias en las que aparece -en un buen, pertinente, sentido- desbordado su principio constitutivo de la legalidad del que la misma, cual paradoja, se deriva desde los tiempos inmemoriales:

1. Se sabe, los delitos de comisión por omisión, todos ellos, materialmente objetos de una jurisdicción de esta naturaleza son a no dudarlo una creación de derecho penal a partir de una interpretación jurídica de ley y de su teoría, de la doctrina particular de derecho de la que estamos tratando. En el caso nuestro, Chile, al revés de España, como bien lo delimita con propiedad Mario Garrido Montt, en el tomo II de su conocida obra penal, son factibles judicialmente de manera directa como constructos jurídico penales al margen del tenor más directo e inmediato de la ley penal especial. Un homicidio en estos contextos de los llamados delitos por omisión, no acción, resulta perfectamente perseguible en sus variadas especies desde el derecho u orden jurídico de esta clase. Vista una situación característica como de esta especie producida por quien está llamado por la ley, en virtud de un contrato, privado o administrativo de carácter público, a cumplir su rol de garante, un personal médico o paramédico por ejemplo, al cuidado de una persona mayor que no puede valerse por sí misma, pareciera un despropósito evidente que por consideraciones meramente de tipo legal se dejara un caso como ese en una situación de completa impunidad, o desamparos meramente culposos, así sea o se trate no pocas veces de casos extraordinarios de difícil, compleja, prueba o acreditación.
2. Las circunstancias atenuantes como modificatorias de la responsabilidad penal, se sabe también, se pueden crear directamente por los jueces al margen de los catálogos legales que las contienen en todos los Códigos Penales del occidente

democrático existentes en el mundo. Ello, no se ampara de manera exclusiva en el principio penal de última o extrema ratio. Puede ocurrir en situaciones nuevas o extraordinarias, como por ejemplo tratándose de jóvenes inmaduros que muy recientemente pasaron a cumplir su mayoría de edad que los haría formalmente responsables de la comisión de delitos de cierta gravedad, de penas exageradamente altas, carenciados en los hechos de toda educación o formación pedagógica, en medios de desprotección formal y sustantiva, en situaciones de rebeldía social o política, por ejemplo.

3. Las autorías y las participaciones penales corresponden a figuras incorporadas por las doctrinas del ramo que no pocas veces resultan creadas por los jueces en las sentencias por la vía de la interpretación y rara vez de forma directa por lo que señala la ley penal. No debe olvidarse que el Código Penal no los define, expresa simplemente que se consideran tales: autores o cómplices o encubridores que, la verdad, no son partícipes sino autores de delitos especiales. Incluso el concepto de cómplice resulta por completo residual en nuestra ley. Si ello no da claros márgenes interpretativos en las sentencias de los jueces nos preguntamos qué es entonces lo que acá ocurre.
4. Las respuestas penales de los sistemas jurídicos correspondientes que se expresan en las sentencias dejaron hace tiempo de ser únicamente binarias en sus resultados en el orbe completo del derecho. Al punto que los ingleses hace ya mucho hablan de justicia reparatoria e incluso restaurativa y los holandeses de un derecho penal alternativo. En Noruega, como en otros ámbitos culturales, han debido cerrarse cárceles completas debido a las actuales respuestas de la índole que nos ocupa. Se sabe de cárceles que son verdadera clínicas de primera clase incluso tratándose de la comisión de delitos de enorme y muy grave connotación social y política.
5. Las sentencias penales en sus efectos propios no gozan de forma tan clara de la llamada garantía de la cosa juzgada de manera indiscriminada. No solo para el caso de las leyes que resulten más beneficiarias para los justiciables cuanto que también ello hoy opera al revés tratándose de casos especiales de significación social trascendente.
6. No son pocos los tipos penales vigentes, para abreviar en términos paradigmáticos, que han sido creados por la vía de la interpretación, a través de actos jurídicos de creación de derecho, en su sentido puro y duro, y no por la ley, tal como lo expone E. Bacigalupo según antes lo desarrollamos, cuando se refiere a los llamados delitos continuados sancionados como figuras jurídico penales por el TC de España al comienzo de los 80 del siglo pasado. En Chile, la Corte Suprema sancionó por primera vez la incorporación del delito de secuestro como figura de delito permanente el 5 de diciembre de 1995 para sancionar la desaparición forzada de personas por agentes del estado.