

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

NUMERO 2: 2005

**COMENTARIO DE LA
JURISPRUDENCIA DEL
AÑO 2004**

**CORTE SUPREMA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES**

LEY PENAL
ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Durante el año 2004 la Corte Suprema se pronunció acerca de cuestiones relativas a la aplicabilidad temporal de la ley penal en cuatro sentencias de casación, tres de ellas relativas a la legislación aduanera y una a la aplicabilidad de la pena de presidio perpetuo calificado. De las primeras tres sentencias, en esta sección sólo se comenta aquellos aspectos relacionados con los criterios de aplicabilidad temporal de la ley penal. La cuestión sustantiva debatida en ellas, esto, es la regulación del delito de fraude aduanero, se examina en la sección dedicada a las leyes penales especiales.

Durante el mismo período, la Corte Suprema se pronunció extensamente sobre la institución de la amnistía. Si bien esta es una causa de extinción de la responsabilidad penal, el planeamiento de la Corte al respecto se refiere más bien a las condiciones de aplicabilidad del decreto ley de amnistía. Por esa razón se comenta aquí esta materia.

ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

El deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable

Los cuatro casos de aplicabilidad temporal de la ley penal resueltos por la Corte Suprema durante el año 2004 se refieren a la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. En dos de las sentencias recaídas en estos casos¹, así como en las dos sentencias que fueron objeto de casación², se afirma que en el derecho chileno el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable es de rango legal y constitucional. El rango legal estaría asegurado por el artículo 18 inciso 2° del Código Penal y el rango constitucional, por el artículo 19 n° 3 inciso 7° de la Constitución Política. Lo primero es correcto. Lo segundo, no.

El inciso 2° del artículo 18 del Código Penal dispone desde 1875 el deber de aplicar la ley penal más favorable. El destinatario de este deber es el tribunal. Entre 1875 y 1972 ese deber no prevalecía frente a la intangibi-

lidad de la cosa juzgada. La ley más favorable que entrara en vigencia con posterioridad a la condena por sentencia de término no podía favorecer al condenado. La ley 17727 introdujo en 1972 los actuales incisos 3º y 4º del artículo 18 del Código Penal, en virtud de los cuales se hace prevalecer el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable incluso frente a la cosa juzgada. A partir de 1972, también los condenados deben ser favorecidos por el cambio legal.

En el derecho comparado, la consagración del deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es una obviedad. La codificación española – fuente del Código Penal chileno en esta materia – se caracteriza por otorgarle un considerable peso específico frente a otras consideraciones de política criminal. En el Código Penal francés y alemán, sin embargo, el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no prevalece sobre la intangibilidad de la cosa juzgada. Por su parte, el derecho penal federal norteamericano ni siquiera reconoce este deber. En él, el principio básico es la ultractividad de la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho. En tanto excepción a ese principio general, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable debe ser establecida por el legislador como norma especial, en cada caso de modificación legal.

La razón de esta disparidad se encuentra en que el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no es el equivalente institucional – como contrapartida – de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable. El principio de irretroactividad de la ley penal es una consecuencia del principio de legalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal es compartida por todo el derecho occidental con la operatividad de una regla. Si la ley posterior a la comisión del hecho es desfavorable, su aplicación retroactiva es ilegítima en todos los casos.

El deber de aplicación retroactiva de la ley penal favorable no es una consecuencia del principio de legalidad. Las Constituciones de 1828 y 1833 establecieron la irretroactividad de la ley penal con anterioridad al Código Penal, sin referirse a la retroactividad de la ley penal más favorable¹. La Constitución de 1925 mantuvo en su artículo 11 la fórmula de 1833. Ello planteó en su momento el problema de si la aplicabilidad retroactiva de la ley penal más favorable, dispuesta por el Código Penal, resultaba incons-

1 En *contra* Muñoz Aljaro, sentencia de casación, c.6; *contra* Labarca Abarca, sentencia de casación, c.6.

2 Explicitamente, en *contra* Labarca Abarca, la sentencia de la Corte de Santiago, c.4; implícitamente, en *contra* Muñoz Aljaro, la sentencia de la Corte de Valparaíso, cc-55.

3 Constitución de 1828, art. 15: "Ninguno podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por los tribunales establecidos por la ley. Ésta, en ningún caso podrá tener efecto retroactivo." Constitución de 1833, art. 133: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre el que recae el juicio".

tucional. La doctrina, con razón, observó que ése no podía ser un efecto de la norma constitucional. La Constitución establecía la garantía de la irretroactividad de la ley penal atendiendo al interés del acusado. Pues- to que la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable beneficia al acusado, considerarla como un efecto inconstitucional sería interpretar la garantía constitucional en contra de su propio titular.

Cuando se debatió la redacción del actual artículo 19 N° 3 inciso 7º de la Constitución se hizo referencia a la discusión habida bajo la Constitución de 1925. Para evitar el problema se propuso en un primer momento reproducir íntegramente el artículo 18 del Código Penal. La fórmula que en definitiva prevaleció consistió en reproducir solamente el inciso 1º del artículo 18 del Código Penal, pero salvando la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable como una posibilidad institucional conforme a la Constitución⁴.

En consecuencia, el artículo 19 N° 3 inciso 7º de la Constitución *no impone* sino que simplemente *permite* la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. En el contexto del derecho chileno, el deber de aplicación retroactiva de la ley penal es de rango simplemente legal. Es un deber cuyos destinatarios son los tribunales de justicia y el ministerio público, no el legislador.

Lo dicho no significa, sin embargo, que el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable carezca por completo de significación constitucional. Dejando de lado su consagración por el derecho internacional de los derechos humanos⁵, es claro que la retroactividad de la ley penal más favorable puede ser justificada como un principio constitucional, en tanto concreción del principio de proporcionalidad.

Los actos estatales que afectan derechos fundamentales – la ley penal y la sentencia condenatoria, paradigmáticamente – requieren justificación material, además de su justificación procedimental⁶. El principio de pro-

4 *vid.* 1 Com 210-2.

5 El art. 15 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos disponen: "Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello." Los efectos prácticos de este principio dependen de la interpretación que se dé a la expresión "la ley dispone la imposición." Si se la interpreta en un sentido independiente de su fundamento de justicia política de la nueva ley al caso, entonces se trataría de un imperativo categórico, como la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable. Si, por el contrario, se la interpreta a la luz de ese fundamento, entonces el precepto internacional es enteramente compatible con la concepción de este principio, en el nivel supranacional, como un mandato de optimización. Esta segunda concepción es la sostenida en este comentario.

6 La justificación procedimental es exigida como principio general por el art. 7º crol. Las normas sobre derechos fundamentales incluyen ocasionalmente exigencias procedimentales adicionales. La justificación material es exigida por el Estado de Derecho; la aplicación del principio de proporcionalidad, por el carácter de conflicto de principios que tiene este contexto de justificación.

porcionalidad es el esquema argumentativo que ordena racionalmente esa justificación material. Conforme al principio de proporcionalidad, los actos estatales que afectan derechos constitucionales deben satisfacer cinco condiciones básicas para su justificación: (a) que el fin perseguido por el Estado sea en sí mismo *legítimo*, (b) que el medio utilizado por el Estado para alcanzar ese fin sea sí mismo *legítimo*, (c) que el medio empleado sea *idóneo* para alcanzar el fin perseguido, (d) que el medio empleado sea *necesario* para alcanzar el fin perseguido; (e) que el fin perseguido tenga un peso específico tal que la afectación del derecho aparezca como *proporcionada* en relación con la realización de ese fin. Las exigencias (d) y (e) originan una prohibición de exceso: un medio innecesario infringe esa prohibición, una afectación desproporcionada del derecho infringe esa prohibición⁷.

El deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se justifica, precisamente, como satisfacción de la exigencia de necesidad del medio empleado, evitando de ese modo la infracción a la prohibición de exceso. Ello es así, porque uno de los estándares conforme al cual se examina la exigencia de necesidad (d) es la congruencia entre la reacción punitiva del Estado al momento de la imposición de la pena y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena, expresada en la ley penal vigente en ese mismo momento. Una modificación legal que despenaliza un comportamiento o reduce la pena aplicable implica un reconocimiento de la falta total o parcial de merecimiento o necesidad de pena de ese comportamiento. Una condena que rebasa esa medida es excesiva.

Lo dicho indica el carácter que tiene en el derecho constitucional chileno el deber de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable, en tanto el deber cuyo destinatario es el legislador: se trata de un principio, sujeto a un mandato de optimización. El legislador debe realizar en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y normativas, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Esto no excluye, sin embargo, que en ciertos casos sea justificado revertir ese deber y justificar la irretroactividad de la ley penal más favorable. La aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, en tanto deber dirigido al legislador, no es un imperativo categórico.

La ultratractividad (preteratractividad) de la ley penal

Por *ultratractividad* de la ley puede entenderse dos efectos en el tiempo distintos. En un sentido, la ultratractividad es la aplicabilidad de la ley

⁷ Una exposición completa del principio de proporcionalidad se encuentra en Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005), especialmente, pp. 613-800.

derogada a hechos acaecidos con posterioridad a la fecha de su término de vigencia. Este efecto ultratractivo es obviamente incompatible con la institución de la derogación. En otro sentido, la ultratractividad es la aplicabilidad de la ley derogada a hechos acaecidos con anterioridad a la fecha de término de su vigencia. Este efecto ultratractivo es enteramente compatible con la institución de la derogación, ya que la pertenencia de una norma a un sistema jurídico y su aplicabilidad a un caso pueden regirse por criterios distintos⁸. Para distinguir este sentido de la ultratractividad, es preferible asignarle una denominación especial y referirse a él como preteratractividad.

Dos son las cuestiones básicas que presenta la institución de la preteratractividad. La primera es su fundamento general. En *contra Ortega Merino* el voto disidente (c-7) invoca la doctrina afirmada hace más de diez años por la Corte Suprema en un discutido caso de falsificación de documentos con ocasión de la realización de una operación de comercio exterior⁹. Acogiendo en ese entonces un recurso de amparo, la Corte Suprema negó la tipicidad de la acción motivo del auto de procesamiento, por inaplicabilidad preteractiva de la norma vigente al momento de la comisión del hecho. Es importante destacar que esta sentencia reconoció como regla general la preteratractividad de la ley penal vigente al momento de comisión del delito. Eso sí, la Corte Suprema exigió en esa oportunidad, como condición necesaria para la aplicación preteractiva de la ley penal derogada, que "las nuevas disposiciones de la ley derogatoria contemplaran o regularan similares o idénticas conductas que la ley derogada" (c-4). En sus propios términos, esta aseveración es excesiva. La continuidad normativa que requiere la preteratractividad de la ley derogada no exige identidad de *disposiciones*, sino que el sentido y alcance del precepto derogado relevante para el caso esté comprendido por el sentido y alcance del precepto vigente. O sea, que haya continuidad de las *normas* que influyen substancialmente en lo dispositivo del fallo¹⁰.

8 La derogación cancela la vigencia la norma derogada y sus consecuencias, excluyéndola del sistema jurídico y haciéndola inaplicable a hechos acaecidos con posterioridad a esa cancelación. Los criterios de aplicabilidad de un sistema jurídico pueden referirse o no a criterios de pertenencia de ese mismo sistema. La aplicación de la ley extranjera y la aplicación de la ley derogada son casos en que los criterios de aplicabilidad prescinden de los criterios de pertenencia del sistema al que ellos pertenecen. La aplicabilidad de la ley derogada ha sido reconocida por la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, en el supuesto más extraño de ultratractividad: aquél en que la ley es aplicada ultratractivamente con efectos retroactivos. Tal es el caso de la así denominada "ley intermedia", calidad que la Corte ha conferido – erróneamente – a la L. 19450. Al respecto, *vid.* 1 Com 209-16).

⁹ En *contra Errázuriz Talavera*, sentencia de 17 de junio de 1991, en 391 FM (1991), pp. 219ss.

¹⁰ Conforme a esta distinción, se entiende por "disposición" el enunciado fijado en un texto dorado de autoridad; por "norma" la proposición prescriptiva expresada en la disposición. La norma es el sentido de la disposición. La constatación de la identidad exigida por esta doctrina, por lo tanto, es siempre una cuestión de interpretación.

La interrogante más importante que plantea esa doctrina, sin embargo, es la razón por la cual se exige esa continuidad. La Corte parece haber entendido que esa continuidad es el fundamento de la preteractividad. Eso no es correcto. El fundamento de la preteractividad se encuentra en el principio de que la ley penal aplicable es la ley vigente al momento de la comisión del hecho. Este principio se encuentra afirmado en el artículo 18 inciso 1º del Código Penal¹¹. La continuidad de la norma no es fundamento de la preteractividad. Lo que sucede es que la constatación de la discontinuidad de la norma exige realizar una comparación entre el antiguo y el nuevo estado jurídico aplicable al caso. Esa comparación puede arrojar dos resultados: el nuevo estado jurídico aplicable al caso es desfavorable o bien es más favorable para el imputado o acusado. Si la discontinuidad produjo un efecto desfavorable, permanece inalterado el deber de aplicación preteractiva de la ley penal vigente al momento del hecho. Si la discontinuidad produjo un efecto favorable, entonces prevalece el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Esa es toda la función que desempeña la exigencia de continuidad de las normas aplicables al caso.

La otra cuestión relevante que plantea la preteractividad de la ley penal es su estatus en el derecho chileno, cuando se trata de preteractividad de una ley penal desfavorable. Como ya se ha visto, el artículo 18 inciso 1º establece como principio general la preteractividad de la ley vigente al momento de la comisión del hecho. Pero su inciso segundo recorta ese principio mediante la introducción del principio opuesto, la retroactividad de la ley penal favorable, con carácter de excepción o principio prevalente. Es claro, en consecuencia, que conforme a los criterios generales de aplicabilidad temporal de la ley penal, el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable tiene primacía respecto del deber de aplicación preteractiva de la ley penal.

El problema se suscita cuando el legislador establece con ocasión de una modificación legal una norma de carácter especial que dispone la aplicación preteractiva de la ley penal desfavorable derogada. Este es precisamente el caso.

La ley 19738¹², que estableció normas para combatir la evasión tributaria, introdujo diversas modificaciones en la regulación de los delitos aduaneros. Para salvar los problemas de aplicabilidad temporal que la nueva

11 No así en el art. 19 N° 3 inc. 7º cpol, aunque su redacción sea idéntica. El art. 18 inc. 1º cp consagra el principio de legalidad con sus dos funciones, garantística y sistémica. La inretroactividad de la ley penal desfavorable es expresión de la función garantística del principio de legalidad. La preteractividad de la ley penal vigente al momento del hecho es expresión de la función sistémica del principio de legalidad. Puesto que la Constitución recoge el precepto del Código Penal como derecho fundamental, debe entenderse que sólo consagra su sentido garantístico.

12 Promulgada el 15 de junio de 2001 y publicada en el bo de 19 de junio de 2001.

regulación pudiera producir, dicha ley dispuso en su artículo 9º transitorio lo siguiente:

Los delitos de fraude y contrabando cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, sea que actualmente estén siendo conocidos o no por los tribunales competentes, se regirán por el actual artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, cuyo texto se encuentra aprobado por el decreto con fuerza de ley N° 2 del Ministerio de Hacienda de 1997.

En dos de las sentencias de la Corte Suprema recaídas sobre estos casos, así como en una de las sentencias que fueron objeto del recurso de casación, se asumió como algo evidente que si la ley 19738 introducía una regulación más favorable para los delitos de fraude y contrabando, su artículo 9º transitorio era inconstitucional¹³. Esta es una tesis insensata.

La doctrina penal reconoce al menos un caso de preteractividad de ley penal desfavorable, el de las leyes temporales. Estas son normas penales o relativas a la responsabilidad penal que responden a un contexto social particular o anómalo y de carácter transitorio y que en virtud de esa consideración establecen un tratamiento punitivo más severo. Una vez superadas las circunstancias que originaban esa particularidad o anomalía —las más de las veces, definido así por un plazo establecido en la propia ley temporal—, recobra su aplicabilidad la ley penal preexistente a la entrada en vigencia de ley temporal, que tiene el carácter de ley más favorable. Pese a ello, a los hechos cometidos durante el período de vigencia de la ley temporal les sigue siendo aplicable preteractivamente ésta, aunque sea una ley penal desfavorable.

Esta excepción puede explicarse de más de un modo. Puede sostenerse que se trata una cuestión de simple técnica legislativa el que la aplicabilidad aparezca o no como preteractiva, por lo que carecería de sentido excluir su aplicabilidad a los hechos por esa sola razón¹⁴. Puede sostenerse también que se trata de un caso excepcional, en el que concurrirían razones que prevalecen frente al principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable¹⁵. Puede, en fin, sostenerse que se trata de un

13 En *contra* Muñoz Alfaro, sentencia de casación, c.6; *contra* Labarca Abarca, sentencia de casación, c.6. En este último caso, la tesis es comparada por la Corte de Apelaciones de Santiago (c.4).

14 Este es el argumento de Mezger, E: *Tratado de Derecho Penal* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955), t.i, pp. 118-21. Efectivamente, si las leyes temporales incluyeran las circunstancias especiales del contexto al cual son aplicables en la tipificación de los hechos punibles, no tendrían necesidad de limitar su vigencia mediante un plazo o condición. En tal caso, tendrían primacía en su carácter de *lex specialis*. Que el legislador prefiera la técnica de las leyes temporales se explica por razones de simplicidad y claridad en la redacción de las normas.

15 Este es la consideración más extendida. Al respecto, Cury, E: *Derecho Penal. Parte General* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), p. 232s. Es usual que esta consideración sea respaldada con el argumento de que si la ley temporal no tuviera efecto preteractivo carecería de eficacia, ya que todos los destinatarios de sus normas anticiparían

caso no cubierto por el deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Es decir, que no se trataría de una excepción a un deber *prima facie* aplicable, sino de un caso situado fuera del ámbito de aplicación de ese deber. La razón de ello estaría en que el restablecimiento de la medida normal de valoración del merecimiento y necesidad de pena no alteraría la valoración de los hechos ocurridos en ese contexto particular o anómalo como hechos merecedores o necesitados de un tratamiento punitivo más severo. La apreciación de la mayor intensidad que tuvo el conflicto en ese contexto puede perdurar aun cuando ese contexto haya cesado. Si este es el caso, la ley cuya vigencia se restablece al término de vigencia de la ley temporal no constituye el estándar conforme al cual haya de apreciarse si la reacción punitiva es o no excesiva en el sentido del principio de proporcionalidad¹⁶. La aplicación de la ley temporal sigue siendo necesaria, en el sentido del principio de proporcionalidad.

En cualquiera de estos argumentos se advierte que el deber de aplicación retroactiva de la ley penal no tiene un carácter de imperativo categórico. No opera de modo binario, como la irretroactividad de la ley penal desfavorable. Es analíticamente posible afirmar que los hechos del caso son subsumibles bajo la ley más favorable y afirmar al mismo tiempo correctamente desde un punto de vista institucional que esa ley no es, sin embargo, la ley penal aplicable al caso. La tesis sostenida por la Corte Suprema incurre en el error de desconocer esta posibilidad. Ella atribuye al supuesto deber constitucional de aplicar retroactivamente la ley más favorable un carácter tan imperativo como el de la irretroactividad de la ley penal desfavorable. Este es un error que puede resultar extremadamente grave en contextos que requieran legislación penal de urgencia con efectos limitados en el tiempo. Cuando ello suceda, ¿cómo podrá la Corte justificar la aplicación preteractiva de la ley penal desfavorable?

En contra de la tesis mantenida por la Corte Suprema debe asumirse como principio que el legislador puede establecer válidamente una norma especial que ordene la aplicación preteractiva de la ley penal desfavorable, revirtiendo las reglas generales del artículo 18 del Código Penal. Eso sí, desde el punto de vista de su constitucionalidad, esa decisión legislativa debe satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad y del derecho a la igualdad ante la ley. Esto es, debe basarse en razones que justifiquen la necesidad de un tratamiento punitivo más severo que el establecido por la ley vigente al momento de la sentencia. Una norma que

que su juzgamiento tendría lugar después del término de vigencia de la ley temporal. Como ha demostrado Günther Jakobs, el argumento es perfectamente inútil: la cuestión central es por qué sería problemática esa ineficacia. El argumento presupone la respuesta a la interrogante que pretende resolver (*Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Marcial Pons, 1997), pp. 117s).

¹⁶ Éste es el argumento de Günther Jakobs (*ibid*)

ordene la preteractividad de la ley penal desfavorable sin razones de peso que justifiquen su necesidad es inconstitucional por infringir la prohibición de exceso derivada del principio de proporcionalidad y representar un trato discriminatorio.

Así pues, el problema constitucional planteado por el artículo 9º transitorio de la ley 19734 consistía en determinar si dicha norma especial de aplicación preteractiva obedecía o no a razones de peso que justificaran la inobservancia del deber de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable¹⁷. Llevada por su errada tesis, la Corte Suprema no fue capaz de advertir este problema.

Lex tertia como ley penal más favorable

En contra Muñoz Añcatrío la Corte Suprema rechaza la aplicación de la pena de presidio perpetuo calificado a un caso cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19734. Se trata de la comisión de maltrato de obra a carabínero con resultado de muerte. Conforme a los artículos 416 Nº 1 y 4 del Código de Justicia Militar vigentes al momento de la comisión del delito, el hecho merecía la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte. Con posterioridad a la comisión del hecho, la ley 19734, que derogó la pena de muerte, sustituyó en el artículo 416 Nº 1 del Código de Justicia Militar dicha pena por la de presidio perpetuo calificado.

Los tribunales de instancia – segundo juzgado militar de Santiago, Corte Marcial – estimaron aplicable el artículo 416 Nº 1 del Código de Justicia Militar en su versión modificada por la ley 19734, por ser ley más favorable. Para los tribunales de instancia, dado que la pena de presidio perpetuo calificado es más favorable que la pena de muerte, correspondía aplicar ésta en cumplimiento del deber establecido por el inciso 2º del artículo 18 del Código Penal.

La Corte Suprema, sin embargo, desechó la aplicación de la pena de presidio perpetuo calificado, y anuló la sentencia recurrida por ese vicio. Según la Corte, la errada aplicación de la ley penal en que habrían incurrido los tribunales de instancia consistiría en “ha[ber] considerado una pena que no se encontraba vigente al tiempo de la comisión del delito” (sentencia de casación, c.18). En sus propios términos, la razón de la Corte es absurda: ¿qué otra cosa puede ser la ley posterior más favorable que una regla inexistente al momento del hecho?¹⁸ El argumento de la Corte sólo

¹⁷ Este examen ya había sido efectuado en los cc.88 del voto disidente en un caso resuelto por la Corte Suprema durante el año 2002, contra *Schalbhi Mélo*, sentencia rol 3862-01de 11 de noviembre de 2002 en 8 *Revista del Consejo de Defensa del Estado* (2002). El resultado de ese examen fue negativo: a la luz de la historia fidedigna de su establecimiento, el disidente concluyó que el legislador no tuvo razones de peso que justificaran el mandato de preteractividad consagrado en el art. 9º 1. 19734.

¹⁸ De aquí que la argumentación desarrollada en el voto de disidencia sea irrelevante. El argumento del voto disidente consiste en sostener que la pena de presidio perpetuo es una

se entiende si se trata de una *pena desfavorable* posterior a la comisión del delito.

Comparada con el presidio perpetuo simple, la pena de presidio perpetuo calificado es, efectivamente, una pena desfavorable. Comparada, sin embargo, con la pena de muerte, es claramente una pena más favorable. En la sentencia de reemplazo, la Corte Suprema justifica su decisión del siguiente modo:

[...] en virtud del principio *pro reo*, se aplicará la pena inmediatamente inferior a la contenida como máxima legal en aquella época (c.3)

Nuevamente, el fundamento de la Corte es incomprensible en sus propios términos. Suponiendo que ese principio *pro reo* al que la Corte alude es el deber de aplicación retroactiva de la ley más favorable¹⁹, no hay justificación para prescindir de una de las penas previstas por la ley que se considera aplicable. El principio ordena comparar la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho con la ley penal vigente al momento de la sentencia. Si la ley más favorable es la ley vigente al momento de la comisión del hecho, como parece entenderlo la Corte, entonces no cabe excluir la pena de muerte en base a esta consideración. La decisión de la Corte sólo se entiende, en tanto aplicación del imperativo establecido en el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal, bajo la premisa de que la pena de muerte es inaplicable por haber sido posteriormente derogada. Pero si ése es el caso, entonces la ley más favorable es la establecida por la ley 19734. Luego, la pena de presidio perpetuo calificado es aplicable al hecho, en tanto ley penal más favorable, como lo sostienen los tribunales de instancia.

La decisión de la Corte es un caso de formulación de *lex tertia*. Es decir, la Corte toma en consideración el aspecto más favorable de la ley sola, existente en el derecho penal chileno desde la entrada en vigencia del cp. A su juicio, el hecho de que esa pena admita o no el otorgamiento de la libertad condicional es algo accidental, que no altera la naturaleza de la pena. Lo central, sin embargo, es si se trata de una pena más favorable o desfavorable. En contra de esta tesis, además, cabe señalar que no es razonable prescindir de las condiciones de otorgamiento de la libertad condicional para el examen del carácter favorable o desfavorable de una pena. No lo es en relación con el principio de legalidad (irretroactividad de la ley penal desfavorable) y por lo mismo no lo es en este contexto. Por lo demás, la propia 1. 19734 concibió a las condiciones restringidas de procedencia de la libertad condicional como un rasgo definitivo de la pena de presidio perpetuo calificado dentro de la escala de penas del cp (art. 21).

La frecuente invocación de un principio *pro reo* como justificación de una decisión interpretativa no es aceptable. El hecho de que la consecuencias de la decisión sean beneficiosas al acusado no constituye una razón admisible para justificar la decisión interpretativa, a la luz del art. 23 cc. Esa expresión, por lo demás, es una generalización impropia del principio general de valoración de la prueba en el proceso penal, conforme al cual la duda justifica la absolución; este es el principio *in dubio pro reo*, que actualmente se expresa como exigencia de una convicción más allá de duda razonable. Si algún rol cabe asignar al favorecimiento del interés del acusado, ese es el de configurar una regla subsidiaria: a falta de razones concluyentes o preponderantes, se debe preferir la solución más favorable a los intereses del acusado.

posterior a la comisión del hecho – la derogación de la pena de muerte – al mismo tiempo considera el aspecto más favorable de la ley vigente al tiempo de su comisión – la inexistencia de presidio perpetuo calificado –, y formula como ley más favorable una ley nueva, aquella que contempla al presidio perpetuo simple como pena máxima del delito de maltrato de obra con resultado de muerte, previsto en el artículo 416 N° 1 del Código de Justicia Militar.

El problema con la *lex tertia* es que nunca ha sido establecida por el legislador. Tanto al momento de la comisión del hecho, como al momento de la sentencia, el legislador siempre ha manifestado inequívocamente su voluntad de hacer aplicable a este delito una pena más severa que el presidio perpetuo simple: antes, la pena de muerte; actualmente, la de presidio perpetuo calificado. Que la Corte Suprema pretenda justificar su decisión como aplicación pacífica de un supuesto “principio *pro reo*” es un acto de encubrimiento argumentativo. El razonamiento que podría justificar su decisión es complejo y altamente controvertido²⁰. De eso parece que la Corte aún no se entera.

APLICABILIDAD DEL DECRETO LEY DE AMNISTÍA

En contra Contreras Sepúlveda, el caso seguido en contra de agentes de la DINA por la desaparición forzada de Miguel Ángel Sandoval, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en el fondo interpuestos por Miguel Kraschnoff Marchenko, Juan Carlos Manns Giglio, y Juan Manuel Contreras Sepúlveda, sosteniendo que el decreto ley 2191, que otorgó amnistía a los hechos punibles cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, no era aplicable al caso.

Para justificar su decisión, la Corte formula dos tipos de consideraciones. Por una parte, sostiene que la naturaleza de delito permanente del hecho punible objeto de la acusación y condena, una privación de libertad, unida a la falta de prueba acerca de su término de consumación, hace inaplicable la norma de amnistía, que se encuentra referida a hechos acaecidos con anterioridad a una determinada fecha. Esta es la *ratio decidendi* de la sentencia de la Corte. Su alcance es susceptible de generalización, en el sentido de referirse a las condiciones bajo las cuales cabe determinar la aplicación de la ley en el tiempo a delitos permanentes y a la prueba de esas condiciones.

Además del argumento anterior, la Corte formula con carácter de *obiter dicta* algunas consideraciones relativas a la inaplicabilidad o invalidez del decreto ley 2191, por infracción de normas del derecho internacional. Conforme a estas consideraciones, el derecho internacional impondría li-