

al proceso antes de una eventual sentencia definitiva. Pues bajo el art. 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, el efecto procesal de una amnistía es, inexorablemente, el sobreseimiento definitivo respectivo.

Pero, además, no hay que obviar el hecho de que la doctrina Aylwin conduce a la terminación del proceso respectivo por sobreseimiento definitivo, constitutivo de sentencia interlocutoria que produce efectos de cosa juzgada. Esto es determinante, porque significa que, a diferencia de lo que se sigue de la aplicación de la regla del art. 107 del Código de Procedimiento Penal, una eventual impugnación de los efectos sustantivos del DL 2191 no podrá resultar operativa tratándose de casos en que la extinción de la responsabilidad penal por amnistía haya sido declarada una vez investigado el hecho delictivo y determinado los responsables, que es lo que esa doctrina exige.

2.2. EL “SECUESTRO PERMANENTE”

La segunda estrategia para obviar el efectivo impeditivo de la persecución penal que tendría que seguirse del DL 2191, tratándose de hechos correspondientes a los emblemáticos casos de detenidos desaparecidos, está constituida por la construcción jurisprudencial de lo que en los medios de comunicación ha sido conocido, equívocamente, como la doctrina del “secuestro permanente” (vé. Mañalich, 2004, 11 ss.)¹². Se trata de una denominación equívoca, porque todo secuestro constituye, *ex definitione* – esto es, en virtud de su sola estructura típica – un delito permanente, por lo cual la sugerencia de la posibilidad de un secuestro que no fuese un delito permanente no es sino una contradicción en los términos. (Bajo toda redundancia se esconde una potencial auto-contradicción). “Secuestro permanente” es, en otras palabras, un pleonismo. Clarificar qué significa atribuir al secuestro, correctamente, el carácter de delito permanente, resulta crucial para detectar la falacia argumentativa que encierra la construcción en cuestión, a la cual la Corte Suprema terminara recurriendo para validar el pronunciamiento de sentencias condenatorias por secuestro¹³.

12 Vé. t. Bascuñán, 2005a, 372 ss.

13 Así ya en la sentencia de 17 de noviembre de 2004 (rol 11821-03), recaída en uno de los casos referidos a la operación de la “Caravana de la Muerte”, como también en la sentencia de la Corte recaída en el caso conocido como “Londres 38”, de 10 de mayo de 2007 (rol 3452-06).

El reconocimiento de la aplicabilidad de la regulación del secuestro como delito común de privación de libertad, no desplazada por la regulación del delito especial (impropio) de detención ilegal por funcionario público, tipificado en el art. 148 del Código Penal, constituye la determinación sustantiva más relevante de la jurisprudencia de la Corte Suprema en este ámbito. La Corte ha reconocido que el privilegio implicado en la punibilidad de un hecho a título de detención ilegal por funcionario público – que es enteramente simétrico al tratamiento privilegiado que el art. 143 del Código Penal establece tratándose de particulares que se exceden en el ejercicio de una facultad de detención *pro magistratu* – requiere la satisfacción de un criterio de conexión del comportamiento del autor con el sistema institucional de vulneración estatal legítima de la libertad personal. Si el comportamiento del autor no satisface este criterio de conexión, resulta aplicable sin más el tipo delictivo general de la privación de libertad, que bajo el art. 141 del Código Penal recibe la denominación de “secuestro”.

La doctrina hecha suya por la Corte Suprema, cuya autoría doctrinal corresponde a Antonio Bascuñán (vé. Bascuñán, 2005b, 540 ss), se encuentra referida, tal como ya se indicara, a la estructura de delito permanente del secuestro – que es, en todo caso, compartida por los delitos privilegiados respectivos (arts. 143 y 148 CP). El argumento parte de la premisa de que lo distintivo de los delitos permanentes sería el hecho de que su consumación perduraría en el tiempo. Tratándose de una privación de libertad constitutiva de secuestro, la consumación del delito se extendería hasta el momento en que la víctima ve modificada su situación de privación de libertad, ya sea por su liberación o por su muerte. Puesto que en los procesos correspondientes estaría probado el punto inicial de la privación de libertad, pero no su cese – por ejemplo, porque no se ha hallado un cadáver que se pudiera corresponder con el cuerpo de la víctima –, habría que asumir que el secuestro sigue cometiéndose hasta el presente¹⁴. Y esto significaría, entonces, que durante todo el lapso en relación con el cual pudiera asumirse la perduración de la consumación del secuestro después del 10 de marzo de 1978, fecha

14 Acerca del problema procesal referido a la prueba del homicidio en caso de falta de hallazgo de un cadáver de conformidad con las reglas del Código de Procedimiento Penal, vé. Mañalich, 2004, 19 ss.; análogamente Szczaranski, 2004, 175 ss.

que fija el límite del ámbito de aplicabilidad temporal del DL 2191, el hecho en cuestión ya no quedaría comprendido por la amnistía, de modo que nada se opondría al juzgamiento y a la eventual condena de los responsables por el hecho circunscrito al lapso respectivo.

Es enteramente posible que una privación de libertad, constitutiva de secuestro en el sentido del art. 141 del Código Penal, cuyo principio de ejecución haya tenido lugar antes del 10 de marzo de 1978, se haya seguido cometiendo hasta un punto de tiempo posterior a esa fecha, con lo cual tal hecho no resultaría amnistiado respecto de todo el lapso de comisión posterior a esa fecha. El problema es que ésta es una circunstancia enteramente contingente, que de ningún modo se sigue de la sola estructura típica del secuestro como delito permanente. Para entender por qué, hay que clarificar qué es lo que implica esta descripción general – y no referida a esta constelación específica de casos – de la estructura típica del secuestro. El argumento pretende descansar en la premisa de que, en los delitos permanentes, la consumación no se correspondería con un instante, sino con un “periodo consumativo”¹⁵. Pero esto desconoce la función del concepto de consumación (vé. Muñoz Sánchez, 1992, 141 ss.). Pues este concepto designa el momento en que queda realizada la totalidad de los elementos del tipo delictivo en cuestión. La consumación es, en otras palabras, el instante preciso en que el tipo delictivo se realiza completamente, de manera imputable¹⁶. Y esta

15 Así por ejemplo Yuseff, 2005, 90 ss., quien critica, sin embargo, la argumentación jurisprudencial conducente a tener por configurada la realización típica del secuestro más allá del punto de tiempo en que cesa “el estado de consumación”. La argumentación de Yuseff es tan problemática como la argumentación jurisprudencial aquí criticada, en tanto desconoce la necesidad conceptual de diferenciar el instante de la consumación del instante de la terminación del delito, que es precisamente el momento hasta el cual perdura la realización típica en unidad de acción. Esto no obsta, empero, a que la insistencia de Yuseff en cuanto a que la perduración de la privación de libertad ha de resultar (subjetivamente) imputable al agente, de modo que éste pueda ser hecho responsable de la realización típica en toda su extensión temporal, sea enteramente correcta. El punto es que esa perduración no se corresponde con un “periodo consumativo”, sino con la prolongación de una misma realización típica susceptible de ser interpretada como una sola acción (u omisión).

16 Donde el concepto de “instante” puede ser definido, siguiendo a Whitehead (1920, 56 s.), como designación de un punto de referencia temporal que carece, a su vez, de toda extensión temporal.

determinación conceptual es enteramente aplicable a la estructura de los delitos permanentes. En el secuestro, la consumación se produce en el preciso instante en que la víctima es privada de la posibilidad de desplazamiento espacial conforme a su voluntad (actual o potencial).

La peculiaridad de los delitos permanentes no se encuentra, por ende, en una supuesta especificidad de su consumación, sino que en una característica que se hace explícita en su contraste con los así llamados delitos de ejecución instantánea, incluidos aquí los “delitos de estado”¹⁷. Un ejemplo paradigmático de delito de ejecución instantánea es el homicidio. Aquí, por definición, la realización típica no puede extenderse instante alguno más allá de la consumación, la cual se produce con la muerte de la víctima. Lo distintivo de un delito permanente, por contrapartida, es que a su respecto ha de postularse una disociación necesaria entre el instante de la *consumación* y el instante de la *terminación* del delito, por más breve que sea el intervalo (Hruschka, 1968, 202)¹⁸.

Es crucial, sin embargo, advertir que esta contraposición estricta entre delitos de ejecución instantánea y delitos permanentes sólo se plantea en el nivel de las correspondientes estructuras típicas (Hruschka, 1968, 196 ss.)¹⁹. Por lo mismo, la distinción no es exhaustiva frente a toda instancia de hecho delictivo: no todo delito tiene o bien la estructura típica de un delito instantáneo o bien la de un delito permanente. El delito de lesiones es un ejemplo. Aquí, la consumación puede coincidir con la terminación del delito (como es necesariamente el caso en los delitos instantáneos), pero es igualmente posible que, tras la consumación, prosiga la realización típica en unidad de acción (como es necesariamente el caso en los delitos permanentes) – por ejemplo, si después de haber golpeado una vez a la víctima, causándole una lesión corporal, el autor prosigue haciéndolo de modo más o menos inmediato, en el sentido de una unidad “natural” de acción, en virtud de una “unidad de dolo”²⁰.

17 Que son aquellos delitos cuya consumación configura un estado de cosas que puede perdurar en el tiempo y que como tal es desvalorado jurídicamente, pero que no representa una continuación de la ejecución del hecho típico; por ejemplo, el hurto.

18 Como un “mero detalle técnico”, sin embargo, califica Hernández (2004, 25) esta última puntualización.

19 Vé. t. Muñoz Sánchez, 1992, 143 s.

20 Latamente acerca de los criterios de reconocimiento de una unidad de acción, Mañalich, 2005b, 1027 ss., 1105 ss.

Ahora bien, y en el ámbito específico de los delitos permanentes, de la identificación del momento de la terminación dependen algunas cuestiones fundamentales tanto para la punibilidad (*lato sensu*) como para la penalidad del hecho, por ejemplo: hasta cuándo resulta imputable la realización de alguna circunstancia calificante del respectivo delito base; hasta cuándo es posible una coautoría (“sucesiva”) o una participación accesoria a título de complicidad; o a partir de cuándo corre el plazo de prescripción de la acción penal correspondiente. Lo fundamental, en todo caso, es que por la sola estructura típica de los delitos permanentes, entre el instante de la consumación y el instante (posterior) de la terminación ha de reconocerse una “unidad típica de acción”; o más propiamente: una unidad de realización (permanente) del tipo delictivo.

Pero esta peculiaridad de los delitos permanentes, que de ningún modo es exclusiva del secuestro – sino que también se predica, por ejemplo, del delito de usurpación (arts. 457 y 458 CP) y del delito de manejo en estado de ebriedad –, no puede significar que respecto de la determinación judicial del momento de su terminación rijan reglas diferentes en cuanto a la “carga material de la prueba”²¹, que es a lo que en definitiva lleva la construcción jurisprudencial aquí criticada (vé. Hernández, 2004, 254 s.). Ésta ha pretendido apoyarse en una determinación del contenido de injusto del secuestro por medio de una referencia “ilustrativa” a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Pero esta convención, aun prescindiendo del hecho de no haberse encontrado ratificada por el Estado de Chile a la fecha del pronunciamiento de las sentencias aquí consideradas,²² de ninguna manera hace posible la redefinición subrepticia de las consecuencias procesales de la estructura típica del secuestro que la jurisprudencia chilena ha pretendido extraer de ello. Pues un secuestro no puede tenerse por cometido, tampoco en el marco de un proceso seguido bajo el procedimiento propio de

- 21 La propia Corte Suprema ha recurrido a esta expresión en su intento por refutar la objeción en cuestión. Vé. el considerando 51 de su sentencia de 10 de mayo de 2007 (rol 3452-06), recaída en el caso “Londres 38”.
- 22 Recién con fecha 7 de enero de 2010, el Estado de Chile ratificó la convención, cuyo decreto promulgatorio fuese publicado el 24 de febrero del mismo año. Vé. sin embargo Mañalich, 2004, 15 ss., donde erróneamente se asume que la convención en cuestión había sido ya ratificada por Chile. Esto no modifica, en todo caso, la validez de la crítica ahí ofrecida, que subsiste habiéndose producido la ratificación.

un sistema inquisitivo, más allá del último punto de tiempo respecto del cual haya antecedentes para afirmar la perduración de la situación de privación de libertad de la víctima condicionada por el comportamiento imputable al autor.

2.3. EXCURSO: ¿DELITOS PERMANENTES “EN SENTIDO AMPLIO”?

A propósito de esta última exigencia, puede ser oportuno clarificar un posible malentendido en cuanto a las implicaciones dogmáticas de la estructura típica del secuestro (y en general de la privación de libertad) como delito permanente, que ha sido objeto de un llamado de atención por parte de Bascuñán (Bascuñán, 2005a, 374, nota 24), relativo a un caso hipotético discutido por Jakobs (Jakobs, 1991, 6/82). El caso consiste en que alguien arroja a otro a un pozo, del cual le es imposible salir, ya sea por sí mismo o con ayuda ajena. Jakobs sostiene que en este caso la privación de libertad sólo constituiría un delito permanente “en sentido amplio” (*ibíd.*), dado que el comportamiento delictivo del autor ya habría concluido, a pesar de seguir intensificándose el resultado (lesivo) por él condicionado. Por esto quedaría excluida, por una parte, la posibilidad de una intervención delictiva (a título de coautoría o de complicidad) en el hecho, a pesar de que éste no habrá alcanzado su terminación; pero seguirían siendo aplicables, por otra, aquellas reglas que sólo se encuentran referidas al último momento de la producción o intensificación del resultado: el plazo de prescripción de la correspondiente acción penal no empezaría a correr aún (*ibíd.*).

En sus consecuencias, el diagnóstico de Jakobs es enteramente correcto, pero ello no suprime el problema conceptual, que se origina en la contraposición de las categorías “comportamiento delictivo” y “resultado delictivo” (Jakobs, 1991, 6/82). El comportamiento delictivo es, trivialmente, el comportamiento que realiza el tipo delictivo. Ahora bien, dada la estructura de delito permanente (“en sentido estricto”) de la privación de libertad, la realización típica se extiende, necesariamente, hasta el momento en que cesa la situación de privación de libertad de la víctima cuyo condicionamiento es imputable al autor. Y el comportamiento del autor, como comportamiento que realiza el tipo delictivo en cuestión, tiene que describirse por referencia a la concreta situación de privación de libertad de la víctima así condicionada.

La particularidad del caso ficticio propuesto por Jakobs radica en el hecho de que, con posterioridad al lanzamiento de la víctima al pozo, ésta no puede ser sacada de ahí, tampoco por el autor.

Lo único que esto significa, sin embargo, es que al autor no podrá imputarse una realización típica, por todo el lapso que dure la situación de privación de libertad, como *omisión* contraria a deber, en el sentido de un delito de omisión impropia, dado que al autor resultará (físicamente) imposible poner término a la situación de privación de libertad de la víctima mediante la ejecución de la correspondiente acción de salvamento²³. Pero esto no significa que por ello resulte necesariamente excluida la imputación de la realización del tipo al autor, en toda su extensión temporal, como *acción* contraria a deber, esto es, en el sentido de un delito de comisión activa²⁴. Pues aquí, arrojar a la víctima al pozo cuenta como condición que explica causalmente la producción de la situación de privación de libertad, que perdurará hasta el momento en que la víctima deje de estar imposibilitada de desplazarse; tomando en serio el ejemplo de Jakobs, hasta el momento de la muerte de la víctima, posiblemente por inanición, lo cual, presumiblemente, también tendría que haber sido previsto por el autor.

La resistencia a reconocer la imputabilidad de la realización del tipo delictivo en toda su extensión temporal – a título de acción contraria a deber – puede explicarse, eventualmente, por referencia a la hipótesis según la cual, constituyendo el secuestro un delito permanente, sería en todo caso necesario poder reconocer una unidad de acción (“ininterrumpida”), que se corresponda con toda la extensión de la situación de privación de libertad de la víctima²⁵. Pero esto supone invertir la cadena de inferencia. Es efectivo que la estructura típica de un delito permanente hace

23 De acuerdo con el régimen de *numerus clausus* que el Código Penal establece para la punibilidad de la imprudencia, el secuestro imprudente no es punible, con lo cual se hace irrelevante indagar en la eventual responsabilidad del propio sujeto, en virtud de la infracción (manifiesta) de una incumbencia de cuidado, por su incapacidad de rescatar (activamente) a la víctima.

24 En contra, sin embargo, Hruschka (1968, 198), quien razona a partir de la “función preventiva del derecho penal”, para concluir sugiriendo que sólo la producción o falta de impedimento de menoscabos, y no éstos mismos, sería aquello a lo cual se refieren las normas de comportamiento cuyo quebrantamiento es jurídico-penalmente delictivo. Esto no basta, sin embargo, para revertir el argumento desarrollado en el texto principal. Pues aquí la pregunta es justamente cuál es el menoscabo cuya producción el autor debía evitar omitiendo la acción que en definitiva ejecutara.

25 Justamente en este sentido Muñoz Sánchez, 1992, 142 s., especialmente en nota 144.

posible, *eo ipso*, fundamentar una unidad (típica) de acción, que revierte el eventual reconocimiento de un concurso de (varios) delitos²⁶. Sin embargo, de ello no cabe deducir, a la inversa, que el reconocimiento de un delito permanente dependa, necesariamente, de la posibilidad de postular una unidad de acción entre varias unidades más elementales (o atómicas) de comportamiento delictivo. En la medida en que el resultado unitariamente delictivo se corresponda aquí no con un *evento* sino con un *estado* (de cosas) – a saber, la privación de libertad de desplazamiento de la víctima –²⁷, cuya magnitud lesiva dependerá de cuál sea su extensión temporal, la pregunta esencial es si al sujeto resulta imputable la producción de ese estado en toda su extensión²⁸. Por ende, más que una unidad de acción (“ininterrumpida”), lo genuinamente distintivo de un delito permanente ha de identificarse con la unidad de la realización (“ininterrumpida”) del tipo²⁹.

La trampa del ejemplo de Jakobs se encuentra, ahora bien, en el ocultamiento del hecho de que, pragmáticamente, la tematización de una punibilidad a título de un delito de omisión (impropia)

26 Vé. por todos Jakobs, 1991, 32/27; Mañalich, 2005b, 1029 s.

27 Lo distintivo del resultado delictivo de la privación de libertad, por ende, se encuentra en que ese resultado consiste en un *estado* relativo a la posición de la víctima; en la violación de domicilio, en cambio, el resultado delictivo está constituido por un estado relativo a la posición del autor. Nótese, por lo demás, que la descripción típica de la violación de domicilio hace explícito que lo “permanente” no es la ejecución de la acción delictiva, descrita como “entrar en morada ajena contra la voluntad de su morador” (art. 144 del Código Penal), sino (a lo sumo) el estado generado como resultado de esa acción.

28 Nótese que ello no altera la clara diferenciación conceptual entre delitos permanentes y delitos de estado. Pues lo distintivo de un delito de estado es, precisamente, que el estado de cosas a que da lugar la realización del hecho no queda cubierto por su descripción típica.

29 Con ello desaparece la base sobre la cual descansa la distinción, propuesta por Jakobs, entre delitos permanentes en sentido amplio y delitos permanentes en sentido estricto. Pues si el caso ficticio se modifica – volviéndose verosímil –, en el sentido de que para quien lanza a la víctima al pozo sí sea posible su rescate posterior, sigue siendo inexistente algo así como una acción continua o “permanente” de privación de libertad. La única diferencia, antes bien, pasa a estar constituida por que en tal caso el sujeto, como garante, puede realizar un acción de salvamento, cuya no-ejecución, por lo mismo, podría ser imputable a título de secuestro en omisión “impropia”. Ello podría tener relevancia, ciertamente, si en el tiempo intermedio entrase en vigencia, por ejemplo, un régimen de penalidad más severo para el secuestro.

presupone – en el sentido de la dogmática del concurso aparente – la falta de satisfacción de los presupuestos de una punibilidad a título de delito de comisión activa³⁰, de modo tal que el comportamiento eventualmente no imputable como acción contraria a deber – el lanzamiento de la víctima al pozo que condiciona la situación de privación de libertad irrevocable – pueda venir en consideración como base de una posición de garante – por injerencia –, bajo la cual la no-supresión de la situación de privación de libertad pudiera imputarse como omisión contraria a deber. Pero todo esto presupone, pragmáticamente, que ese comportamiento activo, bajo la descripción relevante, no sea imputable como acción contraria a deber, y esto depende – en la imputación a título de dolo – de lo que el sujeto efectivamente haya sabido en el momento relevante para su decisión (de actuar u omitir). La pregunta determinante, entonces, es una de imputación subjetiva, esto es, de dolo: ¿se representó el autor, al momento de disponerse a lanzar a la víctima al pozo, la posibilidad concreta de condicionar así una situación de privación de libertad que sería de hecho irreversible? Pues si la respuesta es afirmativa, puede decirse que, al momento de lanzar a la víctima al pozo, para el autor era *actualmente* evitable la producción de esa situación de privación de libertad irreversible.

Que la posibilidad de una intervención delictiva de otro sujeto resulte excluida en el caso del ejemplo se explica exclusivamente, entonces, por la circunstancia puramente fáctica de que todo impedimento de la prolongación de la situación de privación de libertad de la víctima resulta imposible *ceteris paribus*, lo cual excluye cualquiera eventual imputación de ese no-impedimento como omisión contraria a deber, en tanto la imputación siempre depende de la capacidad individual de realizar lo jurídicamente debido³¹.

- 30 El error consiste, en otros términos, en invertir una relación de inferencia desde una proposición relativa a la estructura típica de un hecho punible (= problema de la dogmática de los delitos permanentes) hacia una proposición relativa a las consecuencias jurídicas de la realización única o múltiple de uno o más tipos delictivos (= problema de la dogmática de los concursos de delitos).
- 31 Una crítica – parcialmente coincidente con la aquí esbozada – del argumento de Jakobs se encuentra en Schmitz (2001, 47 ss.), quien, sin embargo, cae en la trampa al concluir, concediendo así la premisa de Jakobs, que la situación de privación de libertad de la víctima no resulta susceptible de ser considerada como resultado delictivo del comportamiento del autor en todo el lapso en que aquella no haya podido suprimirse mediante acción.