



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Couso, Jaime; Mera, Jorge

El rol uniformador de la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema. Estudio empírico

Ius et Praxis, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 315-392

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713112>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista Ius et Praxis, 13 (1): 315 - 392, 2007

I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

El Rol Uniformador de la Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema. Estudio empírico*

Jaime Couso**

Jorge Mera***

** Abogado y Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales; Correo electrónico: jaime.couso@udp.cl Abogado.

*** Profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales; Correo electrónico: jorge.mera@udp.cl

RESUMEN

La Corte Suprema chilena cuenta desde 1995 con salas especializadas para conocer determinadas materias. Uno de los principales objetivos de la reforma que creó esas salas consistió en asegurar una aplicación más cierta y uniforme de la ley. El presente estudio, que se concentra en la jurisprudencia producida por la Sala penal, se propone analizar en qué medida ese objetivo se alcanzó durante el período 1995-2002. Para ello emplea el marco conceptual definido por importantes estudios norteamericanos sobre el grado de seguimiento de precedentes de la Corte Suprema, entendiendo que la uniformación de la jurisprudencia es función precisamente del nivel de seguimiento de precedentes. De acuerdo con esos estudios, el grado de seguimiento de los precedentes de la Corte Suprema puede analizarse a lo menos en dos niveles: primero, dentro de la propia Corte Suprema, donde una *actitud precedencial* de los jueces es función principalmente de una baja *saliencia* de la materia resuelta, lo que depende a su vez de circunstancias históricas específicas (Spaeth y Segal); y, segundo, en dirección "vertical", es decir, a nivel de los tribunales inferiores, donde un comportamiento *congruente* de estos últimos con la jurisprudencia de la Corte Suprema es función de determinados medios institucionales, bajo el modelo de la relación "mandante-agente" (Songer, Segal y Cameron). El presente estudio examina precisamente el grado de seguimiento de precedentes alcanzado por la Sala penal de la Corte Suprema y por las cortes de apelaciones, en relación con cinco precedentes de la

primera. Un extenso análisis de sentencias y la conducción de entrevistas a ministros de la Corte Suprema, cortes de apelaciones y abogados penalistas, dan cuenta de los ambivalentes -cuando no pobres- resultados alcanzados por aquella reforma en materia de uniformación de la jurisprudencia de la Sala penal, tanto al interior de esta Sala como a nivel de las cortes de apelaciones.

PALABRAS CLAVES

Jurisprudencia, precedentes, Derecho penal, Corte Suprema, Sala penal, Cortes de Apelaciones.

ABSTRACT

Since 1995, the Chilean Supreme Court counts with specialized chambers for knowing determinate matters. One of the main objectives in creating these specialized chambers consisted in assuring a more certain and uniform application of the law.

This article focuses on the case-law produced by the Supreme Court's criminal chamber, trying to assess the extent to which the goal of a uniform application of the law was achieved during the years 1995-2002. In order to do so, the study utilizes the conceptual framework elaborated by relevant American research on the following of precedents, assuming that a more uniform application of the law is the natural result of that kind of court behavior. According to that research, the degree to which the precedents set by a Supreme Court are actually followed can be ascertained in two levels: first, by examining the phenomena within the Supreme Court itself, where a justice's precedential attitude depends on a low level of salience of the issue addressed, which in turns depends on specific historical circumstances (Spaeth & Segal); second, by studying the issue in a 'vertical' direction, that is, through the examination of the extend to which the behavior of lower court's is *congruent* with the jurisprudence elaborated by the Supreme Court, which depends on certain institutional conditions studied under the *principal/agent relationship* model (Songer, Segal & Cameron). This study examines precisely the degree of precedent-following exhibited by the Criminal Chamber of the Chilean Supreme Court and by the country's High courts with regard to five precedent-setting cases decided by the former. After an extensive analysis of court decisions and in depth-interviews of Supreme Court's justices and High Court's judges, as well as criminal-lawyers, the study concludes that the introduction of a Supreme Courts' Criminal Chamber has produced ambivalent, if not poor, outcomes in terms of a uniformity of its jurisprudence, both within the Criminal Chamber itself and at the High courts' level.

KEY WORDS

Case law, precedents, Criminal law, Supreme Court, Criminal Chamber, High Court

Introducción

Una extendida opinión entre los juristas sostiene que la Corte Suprema históricamente no ha desarrollado de manera satisfactoria el papel de uniformación de la jurisprudencia que le corresponde a un tribunal de casación (Mera, 2005). En materia penal, ello se ha traducido en una lamentable indefinición de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema en una serie de cuestiones dogmáticas de gran relevancia, debido, entre otras causas, a su resistencia o incapacidad para desarrollar tesis jurídicas claras y consistentes en los casos de que conoce a través de del recurso de casación. A ello habría contribuido, hasta mediados de la década pasada, junto con su abrumadora y miscelánea competencia y su vocación de tribunal de "tercera instancia" (vía recurso de queja), el hecho de que no se contara casi con ministros especializados en materias penales y que la decisión de estos asuntos estuviese entregada a diversas salas que no tenían prácticamente ocasión para definir conjuntamente criterios de decisión comunes. El efecto de ello sería gran incertidumbre jurídica para los ciudadanos y, en especial, para los imputados, y una desorientación de las cortes de apelaciones y tribunales de primera instancia respecto de la forma en que en Chile se deben resolver esas cuestiones no definidas por la Corte Suprema.

La especialización de la sala penal de la Corte Suprema, en 1995, y concretamente, su integración con miembros que han mantenido una cierta permanencia en el conocimiento de este tipo de asuntos, unida al fortalecimiento de su carácter de tribunal de casación (a través de la reforma a los recursos de queja y de casación y, más tarde, la creación del recurso de nulidad en materia penal), son hechos que generaron una razonable expectativa de que la Corte Suprema, en materias penales, haya podido comenzado a definir posturas y tesis jurídicas consistentes. Ello también hacía posible esperar una mayor eficacia en el papel uniformador de la jurisprudencia, en la medida que las cortes de apelaciones y los juzgados con competencia criminal (más tarde, los tribunales penales creados por la reforma procesal penal) se encuentran con soluciones dogmáticas y tesis jurisprudenciales claras y consistentes en las decisiones del máximo tribunal.

A partir de estos antecedentes, los autores de este trabajo diseñaron el proyecto de investigación "Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema chilena", que se propuso estudiar la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, producida con posterioridad a 1995, comparándola con la jurisprudencia anterior a dicha fecha, con el objeto de verificar si se está produciendo a nivel de la Corte Suprema un "Derecho jurisprudencial" claro y

consistente en materia penal, que haya comenzado a uniformar la jurisprudencia en materias que antes se encontraban en la indeterminación.

El estudio partió con una amplia recopilación, análisis y clasificación de la jurisprudencia de la Sala penal de la Corte Suprema (desde 1995) y de la Corte Suprema (antes de 1995), con el objeto de identificar un conjunto de materias en las que aparentemente la Sala penal estaba definiendo tesis jurisprudenciales, allí donde antes había indeterminación; la recopilación dio lugar a un completo compendio de jurisprudencia penal de la Corte Suprema (publicado por Mera y Castro, 2007), que sirvió de base para el análisis de la denominada "uniformación interna" de la jurisprudencia, a nivel de la Sala penal de la Corte Suprema. Sólo una vez identificadas un conjunto de materias en que la Sala penal habría logrado producir uniformidad, se emprendió el estudio de la jurisprudencia de las cortes de apelaciones, sobre esas mismas materias, para examinar si acaso estos tribunales seguían la doctrina establecida por la Sala penal en cada caso, alcanzando lo que se denominó "uniformación vertical" de la jurisprudencia de la Corte Suprema, a nivel de las cortes de apelaciones.

El examen de si acaso -y en qué medida- la jurisprudencia de la Sala penal de la Corte Suprema logró producir un efecto de uniformación "interna" y "vertical" constituye, de hecho, el principal objeto del presente artículo.

Paralelamente a ese estudio "empírico", la necesidad de contar con un marco teórico desde el cual analizar los resultados hizo necesario estudiar el fenómeno de la uniformación de la jurisprudencia en otros países (Couso, 2006), estudio que dio cuenta del papel que para el logro de esta tarea desempeñan, por una parte, el sistema de precedentes vinculantes, y, por otro, un conjunto de mecanismos institucionales destinados a unificar criterios y doctrinas a nivel de los tribunales superiores de justicia; ese estudio, asimismo, permitió tener una visión más clara de la "técnica" del seguimiento de precedentes, la retórica que la fundamenta y las razones con que algunos autores en sistemas jurídicos continentales se le oponen, las condiciones institucionales que la hacen posible, los cuestionamientos y dudas surgidas acerca de la efectividad de la práctica y, finalmente, la forma en que concretamente se ha intentado evaluar el grado de seguimiento que los precedentes empíricamente alcanzan en determinado sistema jurídico.

A partir de ese marco teórico, un ulterior trabajo (Couso, 2007, en edición), analiza las condiciones institucionales y de cultura judicial que explican los resultados del presente estudio empírico, y en particular, la resistencia de los jueces chilenos al seguimiento de precedentes, identificando bajo qué otras condiciones es esperable que la Sala penal efectivamente logre cumplir con su labor uniformadora de la jurisprudencia. Las consecuencias de un enfoque favorable al seguimiento de los precedentes en Chile, para un correcto entendimiento del recurso de nulidad en materia penal, son analizadas en particular por Mera (2005), en un trabajo incluido como estudio preliminar de la recopilación de jurisprudencia publicada por Mera y Castro (2007).

Para concluir esta introducción, corresponde explicar la elección del horizonte temporal del estudio: la jurisprudencia producida por la Sala Penal de la Corte Suprema entre 1995 y 2002. La fecha de inicio corresponde al año de creación de la Sala penal; la de término, a un límite temporal necesario para contar con un tiempo suficiente, posterior a las fechas de los respectivos precedentes, para examinar los efectos que estos pudieron haber producido en relación con la uniformación vertical: la jurisprudencia de las cortes de apelaciones posterior a cada precedente debía ser estudiada durante los dos años siguientes al mismo, es decir, el estudio tiene realmente un horizonte de tiempo que potencialmente alcanza a fines del año 2004.

Una limitación que el estudio tiene por el hecho de circunscribirse a ese periodo es que abarca casos resueltos bajo un régimen procesal penal que no es el mismo que rige en la actualidad. El nuevo Código Procesal Penal, vigente en todo el país desde el año 2005, y aplicado gradualmente desde diciembre del año 2000 regula, en sustitución del recurso de casación, un recurso de nulidad que debería tener impacto en la forma como los tribunales superiores (sobre todo las cortes de apelaciones) consideran los precedentes (especialmente de la Corte Suprema), pues precisamente uno de los casos en que la Sala penal de la Corte Suprema es la que debe conocer de estos recursos se produce cuando una sentencia ha aplicado erróneamente el derecho en una materia en que "existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores" (Art. 376 CPP), lo que sugiere de forma bastante lógica que la decisión de la Sala penal recaída en tales recursos debe ser seguida en el futuro por los tribunales, como una doctrina que vino a ser uniformada por el nuevo precedente. Con ello, podría suponerse, las conclusiones de este estudio sobre el grado de seguimiento vertical de la jurisprudencia, no serían extrapolables a la nueva situación legal creada por la reforma procesal penal. Si bien al final de este trabajo se esbozan algunas hipótesis sobre la medida en que efectivamente puede apreciarse un cambio en la forma como las cortes de apelaciones consideran los precedentes de la Corte Suprema bajo el nuevo escenario, como se verá, un hecho que en buena medida inhibió un giro hacia una actitud de aquellas Cortes más "receptiva" frente a estos precedentes fue la decisión del Pleno de la Corte Suprema, de junio de 2002, que de forma bastante categórica desechó la tesis de que las decisiones pronunciadas por la Sala Penal de la misma Corte Suprema, en conocimiento de recursos de nulidad, tenga algún valor más allá del caso para el cual se pronunciaren¹. Por ello, y en buena medida como se desprende de las entrevistas realizadas para este estudio -todas posteriores a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal-, bajo el "nuevo escenario" generado por el recurso de nulidad no se aprecia una transformación significativa en el comportamiento de las cortes de apelaciones frente a los precedentes de la Sala penal de la Corte Suprema, por lo menos en materias penales sustantivas, sin perjuicio de que la reforma procesal penal generó condiciones que en el mediano o largo plazo sí podrían transformar el papel de los precedentes en la justicia penal chilena.

Uniformación de la jurisprudencia y seguimiento de precedentes²

Como se ha señalado, la uniformación de la jurisprudencia es en buena medida función del grado de seguimiento que los precedentes de la Corte Suprema alcanzan, tanto internamente (al nivel de esta misma Corte) como en sentido vertical (por los tribunales "inferiores", en la pirámide judicial). Por ello, en principio puede entenderse derechamente que uniformación de la jurisprudencia es seguimiento de precedentes. Si bien algunos sistemas jurídicos distinguen entre "precedente" y "jurisprudencia" (entendida a veces como una "serie" o "línea" de precedentes) y la distinción tiene relevancia jurídica en esos sistemas (Tribunal Federal Alemán, en Alexy y Dreier, 1997: 30; Tribunal Supremo español, en Ruiz Miguel y Laporta, 1997: 273), para los efectos del objeto de estudio de este trabajo es posible definir uniformación de jurisprudencia como seguimiento de precedentes, en dos sentidos. Primero, la Corte Suprema, al seguir un precedente fijado por ella misma uniforma la jurisprudencia internamente. Segundo, cuando las cortes de apelaciones siguen un precedente de la Corte Suprema, se logra uniformación de la jurisprudencia hacia fuera.

Pero ¿qué es un precedente y qué significa seguir un precedente?

Prescindiendo de las diferencias derivadas de la regulación que cada sistema jurídico hace de la vinculación (o no) al precedente, puede entenderse por precedentes a "decisiones previas que funcionan como modelos para decisiones futuras" (MacCormick y Summers, 1997:

1). Este servir de "modelo" puede reducirse, como se verá, a una función de ilustración de soluciones posibles, o puede alcanzar diversos grados de fuerza vinculante. Precisamente a este respecto se diferencia, por ejemplo, el rol de los precedentes en los tribunales que aplican el common law -como Inglaterra y Estados Unidos- o en los "sistemas jurídicos continentales (europeos)" -como Alemania y España-.

Ahora bien, al comparar la práctica de seguimiento de precedentes de los países del common law con la de los sistemas jurídicos continentales tradicionalmente se ha sostenido que la primera da cuenta de una vinculación "de iure" del tribunal al precedente, esto es, se trata de una práctica que responde a un deber jurídicamente impuesto (deber cuya fuente son a su vez otros precedentes), mientras que la segunda, en cambio, no da cuenta de vinculación jurídica alguna, sino que sólo es un hecho "estadísticamente" significativo: los tribunales de estos países, sin estar obligados a seguir precedentes, simplemente los siguen con bastante frecuencia, lo que podría denominarse "vinculación de facto" que, técnicamente hablando, no sería una verdadera forma de "vinculación", sino apenas una regularidad (Peczenik, 1997: 465). Esta diferencia jurídicamente se expresaría en que en los países del common law los precedentes son una fuente del Derecho (Bankowski et al, 1997a: 327), que obligan con independencia de la

calidad de las razones que los apoyan, mientras que en los sistemas jurídicos continentales no son una fuente del derecho, de modo que los tribunales no se encuentran obligados a seguirlos, sino que simplemente los siguen cuando hay buenas razones para ello.

Sin embargo, como lo pone de relieve Peczenik (1997: 465), la práctica de seguimiento de precedentes siempre tiene un carácter normativo, aún si ello no viene "obligado" por la ley. Los tribunales de los sistemas jurídicos continentales no siguen precedentes simplemente porque son un modelo de decisión disponible como cualquier otro, sino que los emplean (y los citan) de forma "justificatoria", es decir apoyando su decisión en el precedente como una razón -entre otras- que justifica la decisión (Peczenik, 1997: 465-466). Los tribunales se sienten motivados a aplicar precedentes, y consideran explícita o implícitamente que es correcto seguirlos.

Por ello, la práctica de seguir precedentes, en tanto que basada en una cierta normatividad (sea que "debe hacerse" o que es "deseable", "correcto" o "mejor" hacerlo), convierte al precedente en una razón en apoyo de la decisión con relativa independencia de la corrección de su contenido, es decir, el precedente es una razón que apoya la decisión o sentencia del tribunal que lo sigue, no tanto por la calidad de sus fundamentos -"tenía razón la Corte Suprema cuando dijo tal cosa"- (lo que apela a razones "sustantivas"), sino por el hecho de ser un precedente -porque "esto ya fue decidido de este modo por la Corte Suprema"- (una razón "formal"). Naturalmente, esta razón formal que aporta el precedente a la nueva decisión se basa a su vez en diversas razones sustantivas, que son razones a favor de la práctica de seguir precedentes. De cualquier modo, seguir precedentes es apoyarse en ellos (al menos en parte) "porque son precedentes", y no fundamentalmente porque fueron buenas decisiones. Y esto estaría ocurriendo, de acuerdo con el razonamiento de Peczenik, también en todos aquellos casos en que los tribunales "de facto" aparecen vinculándose a los precedentes.

Y ¿qué es lo que se sigue cuando se sigue un precedente?

En los tribunales de países del common law, cuando se reconoce a un precedente un efecto formalmente vinculante, ese efecto se predica de una parte de la decisión previa dictada en un caso análogo. Esa parte vinculante se denomina "ratio decidendi" en Reino Unido (Bankowski et al, 1997a: 323,336), y "holding" (postura o determinación adoptada) en algunas jurisdicciones de Estados Unidos (Summers, 1997: 383), o a veces simplemente "rule" (regla) (Kaplan et al, 2000: 2000: 13).

La distinción entre "ratio decidendi" y "dictum" en esos países es importante, y hay una sofisticada reflexión jurisprudencial y doctrinaria al respecto, ya que la consecuencia de calificar a un elemento como "ratio decidendi" es normalmente determinante: el tribunal sencillamente no podrá apartarse del precedente, ni aún cuando le asistan razones de peso para preferir hacerlo. Si bien habrá oportunidad

de relativizar la conclusión recién expuesta, esa decisiva consecuencia (siquiera simbólica o retórica) de la identificación de un elemento que puede jugar como "ratio" incide en el desarrollo de una práctica de "distinción" (*distinguishing*) entre el caso precedente y el actual bastante sofisticada, cuando no excesiva, por parte de litigantes y, en su caso, del tribunal, así como de "explicaciones" de la "verdadera doctrina" del caso precedente (que reducen el alcance de la "ratio" o "holding"), de manera de reducir su alcance y evitar la aplicación de precedentes que no se quiere aplicar al caso presente (Bankowski et al, 1997a: 342, 333).

En los sistemas jurídicos continentales la distinción entre "ratio decidendi" y dicta no es tan importante, y los tribunales no la suelen hacer, probablemente porque la falta de una doctrina de vinculación formal del precedente, de carácter general (es decir, más allá del caso excepcional de los precedentes de los tribunales constitucionales), lo ha hecho innecesario, dado que normalmente no está en juego una vinculación estricta al precedente y será posible apartarse de él mediante una argumentación que aporte razones de mayor (en su caso, de "considerablemente mayor") peso.

¿Existe realmente una práctica de seguimiento de precedentes?

Debate y estudios empíricos sobre la efectividad de la práctica.

En los países que formalmente consideran vinculantes los precedentes se discute en qué medida es posible comprobar que los tribunales cumplen con el deber de seguirlos. Por su naturaleza, la práctica de seguimiento de precedentes es de contornos difusos, en la medida que la aplicación del precedente al caso actual está sujeta a un momento valorativo, que se da caso a caso, consistente en examinar si hay una semejanza relevante entre el caso precedente y el actual que justifique aplicar a éste una regla que fue decisoria del caso precedente; esta semejanza, como se vio más arriba, debe decidirse de acuerdo con criterios valorativos (no descriptivos): razones de justicia y utilidad que hagan correcto tratar a ambos casos del mismo modo.

El movimiento del realismo jurídico en Estados Unidos duda derechamente de la idea de que los precedentes realmente determinen reglas jurídicas que sean seguidas (o que siquiera puedan serlo) en casos posteriores (Bankowski et al, 1997b, 494). Las decisiones judiciales, en cambio, están regidas por ejercicios de discrecionalidad y elección por parte de los jueces, no porque los jueces sean arbitrarios, sino porque el derecho es por definición vago y cambiante, de manera que los jueces actúan decidiendo primero qué van a resolver y, a continuación, intentando racionalizar y explicar esa decisión por medio del recurso a las reglas (contenidas también precedentes) que se supone debían haber conducido a ella (Spaeth y Segal, 1999: 16-17).

Profundizando este cuestionamiento al papel del precedente, la teoría crítica del derecho, por su parte, ha sostenido que el precedente no representa restricción

alguna para la decisión judicial, puesto que la decisión del caso precedente (caso 1) no permite identificar claramente en ella el principio que se supone debe regir los casos de esa especie; más bien lo que sucede es que recién el tribunal que decide el caso futuro (caso 2) nos cuenta algo sobre cuál se supone que fue ese principio rector del primer caso, que realmente corresponde a la lectura que el tribunal actual hace del caso precedente (Spaeth y Segal, 1999: 17).

Sin embargo, un análisis de algunos de los estudios empíricos sobre la efectiva sujeción de los tribunales al precedente en Estados Unidos, arroja una perspectiva menos escéptica sobre la "investigabilidad" del objeto, y permite testear, en un plano menos especulativo, si acaso es plausible la afirmación de una gran distancia entre la retórica y la práctica de seguimiento de precedentes.

Estudios empíricos sobre sujeción al precedente en Estados Unidos: autovinculación y vinculación vertical a nivel federal

Los estudios empíricos, desarrollados fundamentalmente en Estados Unidos, intentan examinar, más allá de la retórica judicial, en qué medida realmente los tribunales deciden con apego a los precedentes. Los estudios suponen que es posible estudiar el comportamiento real de los jueces frente al precedente y desarrollan definiciones operacionales y metodologías para hacerlo.

Una importante línea de estudios se concentra en el comportamiento de la Corte Suprema Federal, con el objeto de identificar si la doctrina del *stare decisis*, que prescribe una sujeción más o menos estricta al precedente, realmente rige la praxis jurisprudencial de ese tribunal. Uno de los más relevantes es el de Spaeth y Segal (1993), quienes sostienen que las decisiones de la Corte Suprema federal se explican fundamentalmente por las actitudes y valores de los jueces, mientras que factores normativos como el apego al precedente, al texto o intención del legislador, prácticamente no tienen impacto en sus decisiones. A esa forma de explicar el comportamiento de la Corte Suprema la denominan el "*Attitudinal Model*".

Años más tarde los mismos autores (Spaeth y Segal, 1999) profundizan su investigación, con un universo de decisiones mucho más amplio, y desarrollan una definición operacional de la práctica de seguimiento de precedentes que permita formular y testear hipótesis falsificables sobre la práctica de la Corte Suprema, afirmando de esta forma que el objeto de estudio es abordable (1999: xv). En esta nueva investigación, los autores examinan lo que ahora denominan el grado de comportamiento "precedencial" (es decir de apego al precedente) de los jueces de la Corte Suprema desde sus inicios hasta la última década del siglo XX. El comportamiento precedencial, entendido como apego al precedente, se diferencia del comportamiento "preferencial", como apego a las propias preferencias. Para no sobreestimar el grado de comportamiento precedencial, confundiéndolo con la mera reiteración consistente que los jueces hagan de las doctrinas ya definidas por ellos mismos en un fallo anterior (que podría ser realmente un

comportamiento preferencial), se define operacionalmente al primero como la actitud de un juez que, habiendo previamente expresado una opinión disidente a la de la mayoría que sentó un precedente, con posterioridad se apegaba a aquel precedente que contrasta con sus preferencias, lo que daría cuenta de que lo hace precisamente por respeto al precedente (Spaeth y Segal, 1999: 5-6); caso distinto al de los jueces que concurrieron con la mayoría al sentarse el precedente, quienes al reiterar esa opinión en el futuro no están expresando un comportamiento indubitadamente precedencial, sino posiblemente uno preferencial o uno que, en definitiva, no cuenta para el cómputo en uno u otro sentido. Como se aprecia, así definido, el comportamiento precedencial alude a los motivos de la decisión concordante con el precedente y, por lo tanto, es una cualidad del comportamiento individual de los jueces, y no del de una corte.

Para asegurarse de que cada decisión evaluada (como precedencial o preferencial) es cotejada con el precedente que corresponde se atiende por los autores a las referencias explícitas al precedente seguido o no, pero también a la identidad del asunto (*issue identity*) entre el caso actual y el anterior, de manera que a mayor identidad del asunto menos necesario es que se haga referencias explícitas al precedente para decidir que son casos cotejables (ibíd.: 29).

Sobre la base de estas definiciones, el examen del comportamiento de los jueces de la Corte Suprema federal a lo largo de su historia confirma en buena medida la tesis a la que se llega con el "modelo actitudinal" de entendimiento de sus decisiones: el comportamiento precedencial de los jueces de ese tribunal ha sido históricamente bajo (1999: 307-308).

Más allá de esa conclusión central, la investigación se plantea ciertas hipótesis que los resultados validan, acerca de qué tipo de casos ofrece (relativamente) mayores niveles de comportamiento precedencial (si bien siempre manteniéndose en un nivel bajo). Así, concluyen que:

- Hay relativamente mayor comportamiento precedencial en los casos con menor "saliencia" (*salience*), esto es en los casos menos visibles públicamente, por la naturaleza del asunto, mientras que en los casos más "salientes" existe y es esperable un mayor comportamiento preferencial.
- Son más salientes, y por tanto, ostentan un mayor nivel de comportamiento preferencial, los casos que públicamente son considerados un "hito" (*landmark cases*), por oposición a los casos "comunes" u "ordinarios", que son menos salientes y ostentan un mayor nivel de comportamiento precedencial. En qué tipo de asuntos se da un caso "hito", con mayor saliencia, es algo que va cambiando a lo largo de la historia; así, sólo a partir de la "Corte Roosevelt"⁴ los asuntos económicos dejan de ser más salientes y comienzan a serlo los referidos a libertades públicas (*civil liberties*).

- También son más salientes, y asociados a una mayor nivel de comportamiento preferencial los casos que recaen sobre asuntos constitucionales; son menos salientes, y asociados a un mayor nivel de comportamiento "precedencial" los que recaen en asuntos de base legislativa (*statutory*).

- Así, a partir de la segunda guerra mundial, los mayores niveles de comportamiento preferencial se dan respecto de precedentes sobre libertades públicas, de base constitucional, mientras que los mayores niveles de comportamiento precedencial se dan respecto de precedentes sobre casos ordinarios (por ejemplo, de propiedad, o de seguridad social), de base legislativa. (Spaeth y Segal, 1999: 311)

Un segundo grupo de estudios se concentra en el seguimiento de precedentes de los tribunales superiores por parte de los tribunales inferiores. Uno de ellos (en que participa el propio Jeffrey Segal) demuestra que el "modelo actitudinal" aplicado por Spaeth y Segal para explicar las decisiones de la Corte Suprema, no explicaría en cambio el comportamiento de los tribunales inferiores frente a los precedentes de la misma Corte Suprema (Songer, Segal y Cameron, 1994).

Estos autores aplican un modelo de análisis de la teoría de la relación "mandante-agente" para examinar y explicar el nivel de "congruencia" que las decisiones de las cortes de apelaciones (de circuito) federales muestran en relación con las de la Corte Suprema federal, así como su nivel de "receptividad" para cambiar sus doctrinas frente a los cambios de doctrina de la misma Corte Suprema. Los supuestos de la teoría testada son que: 1º una persona, el agente, debe elegir una acción entre a lo menos dos alternativas; 2º esa acción afecta el bienestar tanto del agente como del mandante; y 3º el mandante premia o castiga al agente de acuerdo con los resultados (674). La teoría es "realista" en la medida que reconoce que la relación fiduciaria en que consiste el mandato enfrenta la complejidad de que no sólo los intereses del mandante (el interés de la Corte Suprema en que su doctrina se siga) están en juego, sino también los del agente (el de las cortes de apelaciones de seguir sus propias preferencias). Así, no hay propiamente una negación de los supuestos del modelo "actitudinal", dado que todos los jueces tendrían tendencia a seguir sus propias preferencias al resolver casos, sino más bien la afirmación de una posición estructural completamente diferente entre las cortes de apelaciones y la Corte Suprema, que ofrece espacios muy diferentes también a sus respectivos jueces para decidir de acuerdo con sus preferencias.

Siguiendo los presupuestos definidos con anterioridad por Canon, el análisis se realiza, con todo, no en relación con cada decisión de la Corte Suprema en particular (que no tienen la mayor importancia en términos de impacto), sino atendiendo a las grandes políticas que ella ha configurado por medio de determinadas series o líneas de decisiones (676). Los autores aportan una imagen relacionada con la teoría de la relación mandante-agente que es ilustrativa de las razones por las que el impacto no se da tanto en cada decisión particular cuanto

en las grandes políticas (674-675): se puede considerar al mandante como el dueño que saca a pasear a sus perros (que serían los agentes). Los perros son libres de ir delante o detrás del dueño y pueden tener una posición incongruente con la de éste, pero el grado de incongruencia está limitado por la longitud de las correas. Además, cuando el dueño cambia de dirección y tira de la correas (en la medida que se mantenga caminando siquiera algunos metros en la nueva dirección), entonces los perros lo seguirán (serán "receptivos" a los cambios de dirección del dueño).

Aplicada a la práctica de seguimiento de precedentes, la longitud de las correas representa la mayor o menor eficacia del control ejercido por el tribunal superior, que permitirá más o menos niveles de incongruencia. A su vez, el tribunal que mantenga una dirección constante será seguido en esa dirección por los tribunales de nivel inferior, e incluso podrá ser "antecedido" por decisiones de éstos, que el tribunal superior seguramente confirmará si simplemente representan un paso más en la misma dirección de política que el tribunal superior viene conduciendo (por ejemplo, el progresivo desarrollo de las libertades públicas por parte de la Corte Warren hacía perfectamente posibles decisiones más de vanguardia de tribunales inferiores, que la Corte Suprema venía a confirmar). Los cambios en la dirección del tribunal superior serán seguidos por los tribunales inferiores a poco andar siempre que tengan un mínimo de consistencia en la nueva dirección.

El caso escogido por la investigación reseñada es el de las decisiones emitidas por la Corte Suprema federal pronunciándose sobre la constitucionalidad de determinadas órdenes de registro e incautación (*search and seizure*), examinándose la congruencia de las decisiones de las cortes de apelaciones federales con las de la Corte Suprema, así como la receptividad de aquellas al cambio de doctrina de ésta, a medida que la Corte Suprema se volvió más conservadora en sus decisiones (677). El tipo de caso escogido planteaba un difícil test al grado de congruencia y receptividad de los tribunales inferiores, pues combinaba una serie de características que en estudios previos se asociaban a menores niveles de receptividad (678, 690): se trata de un caso controvertido sobre libertades públicas (con "saliencia", en términos de Spaeth y Segal), respecto del cual la doctrina de la Corte Suprema ha menudo sido caracterizada como ambigua y compleja y que está temáticamente correlacionado con una tendencia al comportamiento preferencial de los jueces (hay evidencia empírica de que las decisiones de los jueces federales inferiores en materias penales tienen una alta correlación con sus valores).

Con esos antecedentes, los resultados sorprenden por el alto grado de congruencia y de receptividad evidenciado por las cortes de apelaciones (690). El giro conservador de la Corte Suprema a partir de las décadas de 1970 y 1980 se ve reflejado en un alto nivel de receptividad, subsistiendo sin embargo un cierto nivel de "evasión" de la nueva doctrina por parte de jueces de apelación más liberales, mediante interpretaciones de la misma en situaciones ambiguas que no constituían directamente desconocimiento (693). En los casos en que estas

decisiones fueron luego revocadas por la Corte Suprema, el estudio no permite saber si se produjo una mayor receptividad de la respectiva corte de apelaciones, pues los recursos ante la Corte Suprema son tan infrecuentes que rara vez volverá a llegar una decisión de la misma corte de apelaciones por la misma materia. ¿Disminuye ello el control? La respuesta, según lo autores es que no. Pues los abogados litigantes (de la parte interesada en que se siga el precedente de la nueva doctrina de la Corte Suprema) sirven para monitorear el nivel de receptividad, y ellos dan la "alarma de fuego" en caso de comportamientos de evasión, lo que funcionalmente se traduce en un comportamiento de autocontrol por las propias cortes de apelaciones que no quieren volver a ser objeto de una revocación (ibidem). El conocimiento de los abogados de la jurisprudencia y su posibilidad real de llegar al tribunal superior, como condiciones estables de un sistema de justicia se convierten de ese modo en condiciones de eficacia de la vinculación al precedente en el plano vertical, entendidas por los autores como un "sistema de monitoreo" en la relación "mandante-agente".

Especialización de la Corte Suprema y uniformación de la jurisprudencia. Resultados de la investigación empírica

En esta sección se expone y analiza los principales resultados de la investigación empírica.

Para ello, en primer lugar, se describe sintéticamente la metodología empleada en la investigación (I). A continuación de ello, se presentan los resultados del estudio en relación con los dos primeros objetivos específicos, examinando si la creación de la Sala Penal de la Corte Suprema ha contribuido a crear una jurisprudencia más clara (y uniforme, siquiera internamente a esta Corte) que la existente con anterioridad a esa fecha (II), así como respecto del tercer objetivo específico, destinado a estudiar si se las definiciones jurisprudenciales de la Corte Suprema han logrado determinar una "umformación vertical" de la jurisprudencia a nivel de las cortes de apelaciones (III).

I. Breve reseña de la metodología empleada.

Objetivos de la investigación:

La investigación responde en general a la pregunta: ¿ha contribuido la creación, en 1995, de una sala especializada de la Corte Suprema en materia penal a la umformación de la jurisprudencia al interior de la Corte Suprema (umformación interna) y en las cortes de apelaciones (umformación vertical)?

Formulada en términos de objetivo general de la investigación, esta pregunta se traduce en el propósito de estudiar la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema y de las cortes de apelaciones, producida con posterioridad a 1995, comparándola con la jurisprudencia anterior a dicha fecha, con el objeto de

verificar si se está produciendo a nivel de la Corte Suprema un "Derecho jurisprudencial" claro y consistente en materia penal, que haya comenzado a uniformar la jurisprudencia en materias que antes se encontraban en la indeterminación.

Este objetivo general, dio lugar a los siguientes objetivos específicos:

1. Estudiar la jurisprudencia de la Sala penal de la Corte Suprema, posterior a 1995, para examinar si se están adoptando definiciones jurídicas claras en cuestiones dogmáticas relevantes.
2. Examinar en la jurisprudencia de la Corte Suprema anterior a 1995 si acaso la doctrina de la Corte Suprema en esas cuestiones se encontraba ya claramente definidas o si estaba, en cambio, indeterminada
3. Estudiar la jurisprudencia de las cortes de apelaciones, antes y después de 1995, para examinar si las eventuales definiciones de la Corte Suprema, posteriores a esa fecha, se han traducido o no en una mayor umformación de la jurisprudencia a nivel de los tribunales de alzada.
4. Explorar a través qué medios, bajo qué condiciones y con qué intensidad y/o distorsiones se produciría concretamente el fenómeno de la umformación de la jurisprudencia desde la Corte Suprema hacia las cortes de apelaciones y los tribunales de primera instancia.

Periodo de investigación: De acuerdo con los objetivos definidos, el periodo de investigación fundamental es el comprendido entre los años 1995 y 2002 (a partir de la creación de la Sala Penal), en comparación con el período anterior a 1995 (antes de la creación de la sala especializada en materia penal), especialmente el que abarca los años 1983-1994; esta última limitación responde, primero, a la necesidad de definir un campo abarcable y, segundo, a que hasta 1982 se cuenta con alguna información más o menos sistemática sobre las doctrinas mantenidas por la Corte Suprema en materia penal, en la conocida obra de Etcheberry (1987), "El Derecho penal en la jurisprudencia", información que se consultó para cada precedente, sin resultados significativos en términos de la existencia de alguna doctrina uniforme de la Corte Suprema en aquel periodo.

Excepcionalmente se hace referencia a casos posteriores al 2002, particularmente en el contexto de la reforma procesal penal que comenzó a implementarse en el país el año 2000.

Métodos de investigación

Se emplearon fundamentalmente dos métodos:

1º Revisión directa de las sentencias de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, en torno a ciertas materias. En particular, se revisa:

- la jurisprudencia de la Sala Penal Corte Suprema (a partir de 1995), y de la de las diversas salas y del pleno de la Corte Suprema (antes de 1995), examinando si la creación de la Sala penal contribuyó a una mayor uniformación interna; y
- la jurisprudencia de tres Cortes de Apelaciones (Santiago, La Serena y Concepción), anterior y posterior a 1995, en cada caso durante los dos años siguientes a las fechas en que la Corte Suprema estableció una determinada doctrina, examinando si las doctrinas de la Sala Penal producen alguna uniformación vertical y si esta es, en caso de haberla, mayor que la producida por las doctrinas de la Corte Suprema con anterioridad a la creación de la Sala Penal.

Los fallos singulares de la Sala Penal sobre los cual se desarrolló la investigación fueron seleccionados por su relativa aptitud para ser seguidos como precedentes, en la medida que contienen una doctrina clara, sobre una materia relevante, y parecen tener "vocación" de fijar doctrina, ya sea porque modifican, de manera deliberada, una tesis desarrollada anteriormente, ya porque ofrecen, en apoyo de una determinada tesis (ya existente o sobre un asunto nuevo que no se había planteado antes) una fundamentación más consistente que lo habitual, dando cuenta, en cierta medida, de lo que Taruffo denomina una "orientación prospectiva"⁵. Los fallos seleccionados, de acuerdo con esos criterios, son denominados en la investigación "fallos fijadores de doctrina" (FFD), y constituyen una excepción en la práctica de la Corte Suprema durante el periodo estudiado. Para llegar a identificarlos, como se señala en el anexo metodológico, fue necesario hacer una revisión prácticamente completa de las sentencias de casación en el fondo, y varias de recursos de amparo, de la Sala Penal de la Corte Suprema, en el período de referencia (1995-2002).

2º Entrevistas a Ministros de la Corte Suprema y de las tres Cortes de Apelaciones estudiadas, así como a abogados especializados en materia penal. Las entrevistas fueron realizadas individualmente y en forma anónima, sobre la base de una pauta general, que contemplaba algunas particularidades para cada grupo de entrevistados. Sobre la base de esa pauta, con todo, las entrevistas se desarrollaron de forma semi-estructurada, permitiendo el surgimiento de cuestiones nuevas. De manera preliminar, para identificar cuestiones relevantes, se celebró además un foro-taller de discusión grupal, con abogados y ministros de cortes de apelaciones.

Concretamente, se entrevistó a tres ministros de la Corte Suprema (dos de ellos, integrantes de la Sala penal, y el tercero, ex-presidente de la Corte Suprema), dos ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, dos de la Corte de Apelaciones de Concepción y tres de la Corte de Apelaciones de La Serena, y a dos abogados especializados en materias penales, que además son profesores de Derecho penal

de las más importantes facultades de Derecho del país.

II. Uniformación interna de la jurisprudencia, producida por la Sala Penal

1. Resultados para una muestra de cinco "precedentes"

Como resultado de sucesivos procedimientos de revisión y selección de las sentencias en materia penal emitidas por la Sala penal de la Corte Suprema durante el período 1995-2002, se llegó a identificar 5 decisiones, a las que se denominó "fallos fijadores de doctrina" (FFD), seleccionados por su relativa aptitud para ser seguidas como "precedentes", por la propia Sala penal y, luego, por las cortes de apelaciones, en la medida que fijan, como se dijo, una doctrina clara, en su caso reiterada, sobre una materia relativamente relevante. Respecto de cada uno de estos "precedentes" se examinará si realmente expresan una doctrina clara, seguida de manera uniforme por la Sala Penal, y si acaso ello constituye una novedad en relación con la situación que se daba en la Corte Suprema, respecto del mismo asunto, con anterioridad a la creación de esta sala especializada. El seguimiento o no del precedente se analiza, en principio, como un comportamiento de la Sala Penal, como colectivo, pues es en las decisiones de la misma donde se verifica o no la uniformación interna de la jurisprudencia de este tribunal. Con todo, como a fin de cuentas la uniformación de la jurisprudencia en esta corte, en el largo plazo, esto es, más allá de la estabilidad de sus miembros singulares, en buena medida depende de una actitud de apego al precedente por parte de los ministros de esa sala individualmente considerados, también se examinará esa actitud, de la mano de los conceptos de *comportamiento precedenciaí* y *comportamiento preferenciaí* acuñados en el contexto de las investigaciones basadas en el *Attitudinal Model* (Spaeth y Segal, 1999).

Precedente n° 1: inconstitucionalidad del Artículo 44 de la Ley de Cheques

Doctrina: Artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, que en los procesos por giro doloso de cheques determina como monto de la fianza el importe total del cheque, "es de menor jerarquía" que los artículos 19 N° 7 (derecho de todo imputado a la libertad bajo fianza) y N° 26 (prohibición de que la ley, al regular un derecho fundamental, afecte el derecho en su esencia) de la Constitución Política de la República, "cuya aplicación preferente debieron aplicar los jueces de la causa". Implícitamente, del fallo se desprende que, en este caso, la norma de menor jerarquía -como se indica en fallos posteriores- transgrede el Art. 19, N° 26 de la Constitución y, en ese sentido, es inconstitucional, o bien, fue derogado tácitamente por la Constitución de 1980.

Identificación del fallo fijador de doctrina: 26 de octubre de 1999, recaído en apelación de recurso de amparo, Rol N° 3.804-99.

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Sala Penal (1995-2002):

N° total de fallos de la Sala Penal, posteriores al precedente: 7

1. N° de fallos que siguen tesis del precedente (el art. 44 es inconstitucional): 7

2. N° de fallos que siguen tesis opuesta (el art. 44 no es inconstitucional): 0

Fluctuación de la doctrina, en la Sala Penal, después y antes del precedente:

- **Después del precedente (octubre de 1999 al 9 de abril del 2002).** No hay fluctuaciones. Todos los fallos posteriores (7) siguen la tesis de que el artículo 44 es contrario a la Constitución Política.
- **Antes del precedente (junio a septiembre de 1995).** No hubo fluctuaciones. Todos los fallos anteriores al precedente (3, todos del año 1995) siguen la tesis de que **el artículo 44 no es contrario a la Constitución**. Una decisión del Pleno de la Corte Suprema, de fecha 3 de septiembre de 1999, confirma esa tesis.

Cambio de opinión sin expresar fundamentación:

	13-5-95	14-8-95	27/9/95	12/1/2000
Bullemore	Art. 44 es const.	Art. 44 es const.	Art. 44 es const.	Art. 44 es inconst.

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Corte Suprema (1983-1994)

N° total de fallos de la Corte Suprema en el periodo 1983-1994: 29

1. N° de fallos que siguen tesis de que el artículo 44 no es inconstitucional: 12

2. N° de fallos que siguen tesis de que el artículo 44 es inconstitucional: 17

Fluctuación de la doctrina, en las diversas salas y en el pleno de la Corte Suprema (antes de la creación de la Sala Penal):

● Sala N° 3.

1. 5 de Julio de 1983. Artículo 44 es Inconstitucional.

2. 7 de Junio de 1984. Artículo 44 es Inconstitucional.
3. 8 de Noviembre de 1990. Artículo 44 es Inconstitucional.
4. 26 de Diciembre de 1990. Artículo 44 es Inconstitucional.
5. **16 de Junio de 1992. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
6. 5 de Mayo de 1993. Artículo 44 es Inconstitucional.
7. **3 de Enero de 1995. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**

● **Sala N° 2.**

1. Enero de 1990. Artículo 44 es Inconstitucional.
2. 11 de abril de 1991. Artículo 44 es Inconstitucional.
3. **25 de junio de 1991. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
4. **25 de junio de 1991. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
5. 5 de agosto de 1991. Artículo 44 es Inconstitucional.
6. 23 de diciembre de 1991. Artículo 44 es Inconstitucional.
7. 4 de marzo de 1993. Artículo 44 es Inconstitucional.
8. 4 de agosto de 1994. Artículo 44 es Inconstitucional.
9. **15 de diciembre de 1994. Artículo 44 no es contrario a la Constitución**
10. 28 de diciembre de 1994. Artículo 44 es Inconstitucional.

● **Sala N° 1.**

1. **10 de agosto de 1983. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
2. **2 de noviembre de 1983. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
3. 2 de mayo de 1991. Artículo 44 es Inconstitucional.
4. **2 de mayo de 1991. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
5. 30 de julio de 1991. Artículo 44 es Inconstitucional.
6. 27 de agosto de 1991. Artículo 44 es Inconstitucional.
7. **10 de septiembre de 1991. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
8. **19 de agosto de 1993. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
9. 6 de mayo de 1994. Artículo 44 es Inconstitucional.
10. 30 de agosto de 1994. Artículo 44 es Inconstitucional.

● **El Pleno.**

1. **31 de enero de 1986. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**
2. **4 de septiembre de 1992. Artículo 44 no es contrario a la Constitución.**

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala Penal, en este asunto

Sí se aprecia un efecto de uniformación interna en comparación con el periodo previo a la creación de la Sala Penal (1983 - 1994), cuando la Corte Suprema mantuvo criterios ambivalentes, llegando al extremo de que en una misma sala, el

mismo día (si bien con diversa integración), falló de distintas formas en dos casos, en uno aplicando el artículo 44 y en el otro caso no aplicándolo por ser contrario a la Constitución. Esta disparidad en cambio no se produjo en el periodo 1995-2002 en el cual se uniformaron los criterios. Entre 1995 a octubre de 1999 la Sala Penal sostuvo uniformemente la tesis de que el artículo 44 no es inconstitucional, por tanto la libertad provisional se encuentra supeditada al pago de la caución que es equivalente al monto del cheque. Por su parte, desde octubre de 1999 hasta abril del 2002, fecha del último fallo que encontramos sobre la materia, la Sala Penal sostuvo de manera estable la tesis de que el precepto del artículo 44 de la citada ley es contrario a la Constitución Política.

En todo caso, es interesante destacar que el "fallo fijador de doctrina" de fecha 26 de octubre de 1999, es apenas 50 días posterior a la decisión del Pleno de la Corte Suprema, del 3 de septiembre de 1999, que rechazó, por 9 votos contra 8, un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 44. En el "fallo fijador de doctrina", dictado a menos de dos meses de esa "derrota" de la tesis de la inconstitucionalidad en el Pleno, dos de los ministros del voto de minoría en aquella decisión (Pérez y Espejo), ahora en la Sala Penal, logran formar (junto al abogado integrante Daniel) una estrecha mayoría de 3 a 2 para imponer la nueva doctrina que, después se estabilizó en esa sala, en una serie de fallos sucesivos, en los que se unen a la mayoría los ministros Cury y (ocasionalmente) Juica y Segura, con la persistente oposición del ministro Chaigneau y de otros miembros ocasionales de esa sala, que ya habían sostenido la tesis contraria (el ministro Jordán, en el Pleno, y el abogado integrante Rencoret, en un voto de minoría contra el "fallo fijador de doctrina"). El caso, entonces, da cuentas del escaso valor asignado a un "precedente", incluso si emana del Pleno de la Corte Suprema, en un fallo adoptado por una mayoría tan estrecha. Pero, más en general, y coincidentemente con los resultados del estudio de Spaeth y Segal, al que se hizo referencia en el capítulo anterior, en este fallo, relativo a una cuestión constitucional, que afecta a las libertades públicas, los jueces de la Sala Penal (tanto los de la mayoría, como los votos disidentes) dan cuenta de un comportamiento claramente *preferencia!*, sin asignar prácticamente ningún valor al hecho de que el asunto ya se había resuelto de otra forma.

El fallo, en fin, también da cuenta de la coyuntura que ofrece la sala especializada para crear mayoría a favor de una tesis que fue de minoría en el Pleno, pero respecto de la cual esta instancia no está habitualmente llamada a resolver. Pero, esa mayoría producida en la sala -y no en cambio en el pleno- si bien se mantuvo en el tiempo, no deja de ser un resultado relativamente precario, por lo menos en el momento de producirse y acaso durante los dos siguientes años (tiempo en que se siguen registrando votos de minoría); en efecto, si, por un nuevo sorteo, la Sala penal hubiese cambiado su composición, lo más probable es que esta doctrina habría pasado a ser minoritaria, por lo menos si el comportamiento tan abiertamente *preferencia!* que se da en esta materia se hubiese mantenido.

Pese a ello, en el foro celebrado para la presente investigación, alguno de los

asistentes entendió que, en la práctica, este cambio resultó estable porque respondió a un cambio de convicciones ético-económicas en la sociedad chilena, de acuerdo con el cual no se consideró justo seguir protegiendo el cheque con la libertad de los deudores.

Otro aspecto a destacar en relación con esta materia es que la Sala Penal, pese a reiterar una y otra vez la doctrina establecida en su precedente, en ningún caso lo invoca ni hace referencia a él, ni al hecho de que esa doctrina ya ha sido afirmada en la jurisprudencia (reiterada) de la Corte Suprema.

Como último dato de interés, el cambio de postura del abogado integrante Bullemore, a primera vista podría aparecer como un caso -contrario a una tendencia generalizada al comportamiento *preferencia!*- de comportamiento *precedencia!*: antes del fallo fijador de doctrina se mantuvo a favor de la tesis mayoritaria, que afirmaba la constitucionalidad del Art. 44, incluso en casos en que esta tesis se impuso por una estrecha mayoría de tres votos contra dos; sin embargo, dos meses después de la emisión del fallo fijador de doctrina (ocasión en que no había integrado la Sala Penal), en la primera oportunidad en que vuelve a integrar la sala, se une a la mayoría que viene a confirmar la tesis del reciente nuevo precedente, a saber, que el Art. 44 es inconstitucional. Como no expresa fundamentos para este cambio de postura, podría especularse que se debe precisamente a razones vinculadas al respeto al precedente, con el objeto de dar certeza y estabilidad a la aplicación del derecho. Sin embargo, si se recuerda que en esa misma época, apenas dos meses antes del FFD el pleno de la Corte Suprema había fijado como doctrina precisamente la opuesta a la de este precedente de la Sala Penal, es dudoso que desde una actitud *precedencia!* se escogiese en tal contexto intentar dar estabilidad precisamente a esta tesis, que parecía ser la más precaria; por ello, no debe descartarse que Bullemore, tras cinco años, y persuadido por los argumentos de los nuevos ministros integrantes de la Sala Penal, sencillamente haya cambiado de opinión.

Precedente n° 2: Aplicación de la Ley de Amnistía

Doctrina: Para aplicar el DL 2191 de 1978, Ley de Amnistía, debe encontrarse agotada la investigación acerca de la forma en que ocurrieron los hechos y estar determinada en forma clara e indubitada la persona del delincuente.

Identificación del fallo fijador de doctrina: 9 de septiembre de 1998, recaído en un recurso de casación en el fondo, Rol: 469-98

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Sala Penal (1995-2002):

N° total de fallos de la Sala Penal, posteriores al precedente: 7 Fluctuación de la doctrina, en la Sala Penal, después y antes del precedente:

La fluctuación, en este caso, se produce entre doctrinas que en diversa medida se apartan de -o introducen variaciones a- la tesis del precedente:

Tesis 1: para sobreseer definitivamente la causa, por aplicación de la Ley de Amnistía sólo es necesario que conste la presencia de los presupuestos objetivos de aplicación de esa causal, es decir que el delito se haya cometido dentro del periodo definido por la Ley de Amnistía (1973-1978) y que no se trate de un delito de aquellos que dicha ley excepcionalmente excluyó de este beneficio; no es necesario, en cambio, investigar ni determinar la persona del delincuente. Como corolario (no necesario, pero de hecho asociado a ella), esta tesis se une a la doctrina según la cual, no constando que la comisión del delito (de secuestro) se ha prolongado más allá del periodo cubierto por la Ley de Amnistía, no cabe presumir esa circunstancia, y corresponde aplicar la amnistía y sobreseer definitivamente la causa.

Tesis 2 (tesis del precedente): para aplicar la Ley de Amnistía debe encontrarse agotada la investigación acerca de la forma en que ocurrieron los hechos y estar determinada en forma clara e indubitada la persona del delincuente.

En ocasiones, los fallos que siguen esta tesis, se pronuncian expresamente sobre una cuestión relacionada, y muy importante desde el punto de vista de la política jurisprudencial en causas sobre detenidos desaparecidos: la necesidad o no de determinar la persona del delincuente para sobreseer definitivamente por prescripción de la acción penal. De acuerdo a la forma en que resuelven esta cuestión, en los casos en que ella efectivamente se plantea, los fallos que siguen la tesis 2 pueden admitir las siguientes variantes:

Tesis 2a: la falta de determinación de la persona del delincuente sólo impide sobreseer definitivamente por amnistía, pero no por prescripción de la acción penal⁶.

Tesis 2b: la falta de determinación de la persona del delincuente no sólo impide sobreseer definitivamente por amnistía, sino que también impide hacerlo por prescripción de la acción penal, pues esta causal -como la amnistía- también sería "personal".

a) Fluctuación de la doctrina de la Sala Penal, después del precedente (septiembre de 1998 a 2002).

Periodo de estabilidad de la tesis 2, con variaciones sobre la cuestión de los requisitos para la prescripción de la acción penal:

- 1) 16 de septiembre de 1998 (**tesis 1 y tesis 2a**⁷)
- 2) 6 de octubre de 1998 (**tesis 2a**)

- 3) 26 de octubre de 1998 (**tesis 2b**)
- 4) 24 de noviembre de 1998 (**tesis 2a**)

Periodo de innovaciones y fluctuaciones en la doctrina sobre el carácter permanente de la detención ilegal y sobre las consecuencias procesales derivadas de ello⁸.

- 1) 7 de enero de 1999 (**tesis 2**, con innovaciones)
- 2) 11 de mayo del 2000 (**tesis 2**, con innovaciones)
- 3) 29 de noviembre del 2002 (**tesis 2**, con innovaciones)

b) Fluctuación de la doctrina de la Sala Penal, antes del precedente Í1995 a agosto de 1998).

- 1) 26 de Octubre de 1995 (**tesis 1**)
- 2) 24 de julio de 1996 (**tesis 1**)
- 3) 7 de agosto de 1997 (**tesis 1**)
- 4) 19 de noviembre de 1997 (**tesis 1-2**⁹).
- 5) 8 de junio de 1998 (**tesis I**¹⁰)
- 6) 19 de agosto de 1998 (**tesis 1**)
- 7) 20 de agosto de 1998 (**tesis 1**)

Cambio de opinión sin expresar fundamentación:

En relación con la materia tratada por este precedente n° 2, sobre todo si se tienen en cuenta las muchas variantes e innovaciones de la tesis 2 reconocibles, la inmensa mayoría de los jueces involucrados en su juzgamiento aparece modificando su postura, cada vez, como es la práctica en la jurisprudencia chilena, sin expresar fundamentos. Sin perjuicio de ello, por regla general, detrás de esas variaciones se dejan reconocer unas posturas políticas relativamente definidas en cada juez, en relación con las cuales aquellas variaciones, como se explicará, aparecen más bien meros cambios de estrategia argumentativa.

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Corte Suprema (1983-1994)

N° total de fallos de la Corte Suprema en el periodo 1983-1994:

1. N° de fallos que siguen tesis 1 (no es necesario determinar la persona del delincuente): 3
2. N° de fallos que siguen tesis 2 (es necesario investigar y determinar claramente la persona del delincuente): 0

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala Penal, en este asunto

No se aprecia un efecto de uniformación interna desde la creación de la Sala Penal, en comparación con el periodo anterior. En el periodo posterior a la creación de la Sala Penal hay mayor dispersión doctrinaria que en el de la época 1983 a 1994. En efecto, en este último periodo, por razones obvias, vinculadas a la falta de independencia de la Corte Suprema frente al Gobierno de la dictadura militar, el máximo tribunal resolvió de manera uniforme que para sobreseer definitivamente por amnistía no es necesario investigar ni determinar la persona del delincuente (tesis 1). Esta doctrina se mantuvo después del fin de la dictadura militar, en 1990, durante todo el período previo a la creación de la Sala penal, y aún durante algún tiempo después de su creación.

Con todo, estrictamente en relación con el asunto de la necesidad o no de determinar la persona del delincuente antes de aplicar la amnistía, a partir del precedente (de 9 de septiembre de 1998) básicamente se abandona la tesis que niega tal necesidad (tesis 1), y se alcanza una alta uniformidad en la doctrina que la afirma (tesis 2). El fallo fijador de esta doctrina cuenta con una fundamentación más detenida y profunda que lo habitual, y revela por ello una relativa "orientación prospectiva" (en el sentido de Taruffo¹¹). El periodo de estabilidad de la tesis 2 coincide con la época en que la Sala Penal es integrada, también de forma relativamente estable, por los ministros Cury, Chaigneau y Pérez (a los que en ocasiones se une el abogado integrante Bullemore, cuando integra la sala).

Con todo, con posterioridad a esta estabilización de la doctrina de la Sala Penal en materia de requisitos para el sobreseimiento por amnistía de todos modos se producen, como se vio, significativos giros -que ciertamente no fueron ni han sido después lineales- en la política jurisprudencial de este tribunal en relación con las causas por violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar.

Esos giros técnicamente no representan, en principio, un cambio de tesis en materia de los requisitos para la aplicación de la Ley de Amnistía, pues la mayoría de la sala persiste en afirmar la necesidad de determinar la persona del delincuente, pero sí afectan a un asunto muy íntimamente relacionado con él. En efecto, en a lo menos dos decisiones posteriores al fallo de 9 de septiembre de 1998 (recaídas en las causas Rol 2499-96, de fecha 6 de Octubre de 1998, y Rol 477-97, de fecha 24 de noviembre de 1998), la Sala Penal, con la oposición de los ministros Pérez (en las dos ocasiones) y Correa (en la única ocasión en que integró sala), confirmó el sobreseimiento definitivo de la causa en casos en que no estaba determinada la persona del delincuente, en atención a que el eventual error de derecho en que habría incurrido el fallo recurrido (consistente en aplicar la Ley de Amnistía precisamente sin la previa determinación de la persona del delincuente) no habría influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, pues de

todos modos procedía el sobreseimiento definitivo, por otra causal, a saber, la prescripción de la acción penal.

Si bien a estas alturas la Sala Penal ya había reconocido que el carácter "permanente" del delito de secuestro impedía la prescripción de la acción penal mientras no se tuviera noticia del paradero o destino de la víctima (es decir, el término de la consumación del delito), en estas causas no se dio por establecido que se tratara precisamente de un delito de secuestro, y se contabilizó la prescripción desde la fecha de la detención ilegal, considerada como un delito "instantáneo". Para reconocer la prescripción de la acción penal no se consideró, por lo demás, un obstáculo el hecho de que no se hubiese determinado la persona del delincuente (tesis 2a). En cambio, la oposición de los Ministros Pérez y Correa al sobreseimiento por prescripción de la acción penal, se basó precisamente en que, independientemente de la calificación del delito (si como secuestro o como detención ilegal), también respecto de la causal de sobreseimiento definitivo de "prescripción de la acción penal" sería necesario, en forma previa a su aplicación, la determinación de la persona del delincuente pues, como la amnistía, se trataría de una causal "personal" de sobreseimiento (tesis 2b), que se aplica respecto de imputados determinados, y no respecto de delitos considerados en abstracto.

En estas dos decisiones, en conclusión, la Sala penal no innovó en relación con la relativamente asentada tesis N° 2 en materia de amnistía, pero sí introdujo en cierto sentido un giro de política jurisprudencial en causas por violaciones a los derechos humanos, al permitir sobreseerlas definitivamente sin necesidad de determinar la persona del delincuente (ni someter a proceso a los presuntos autores), esta vez por haber prescrito las respectivas acciones penales.

Con todo, la tesis minoritaria de los ministros Pérez y Correa (en relación con los requisitos para el sobreseimiento por prescripción) de todos modos se impone en un fallo posterior, de fecha 26 de octubre de 1998 (recurso de casación Rol 292-97), en el que la Sala penal da entonces, un nuevo giro de política jurisprudencial, al exigir, entonces, de un modo más general, como paso previo al sobreseimiento definitivo de las causas por violación a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar, la determinación (y, a la larga, el procesamiento) de la persona de los delincuentes, como un requisito, no sólo de la causal de amnistía, sino también de la causal de prescripción de la acción penal (tesis 2b).

Con posterioridad a estas decisiones, en otros tres fallos emitidos entre 1999 y 2002, la Sala penal sigue rechazando el sobreseimiento definitivo de causas en que no se ha determinado a los delincuentes; sin embargo, ahora parece abandonar como fundamento de esta postura, la doctrina sobre el carácter personal de la causal de sobreseimiento definitivo "prescripción de la acción penal". Así, en lugar de insistir en esa tesis (tesis 2b) simplemente hace una referencia general a la necesidad de agotar la investigación antes de sobreseer definitivamente. Implícitamente, además, la Sala penal parece entender que, teniendo los delitos investigados el carácter de "permanentes" mientras no se

haya determinado el paradero de las víctimas, no sólo no son amnistiables (conclusión que afirma expresamente) sino que tampoco tendrían un punto de referencia en el tiempo definido (la fecha en que dejaron de cometerse) a partir del cual pueda contabilizarse el plazo de prescripción (argumento que no expresan, pero se desprende de la insistencia en el carácter de delito permanente).

En la política jurisprudencial de la Sala Penal sobre causas referidas a detenidos desaparecidos todavía se pueden apreciar importantes giros dentro del periodo estudiado, que desde el punto de vista de la doctrina jurídica aplicada apenas son apreciables, pero que políticamente tiene gran trascendencia.

En efecto, el fallo de fecha 7 de enero de 1999 (recurso de casación Rol 247-98), junto con reiterar la doctrina que exige la determinación de la persona de los delincuentes para aplicar la amnistía, extrae consecuencias procesales más específicas (e innova, en ese sentido) del carácter permanente del delito en los casos de los detenidos desaparecidos. Antes de especificar esas consecuencias, este fallo innova además al sostener que también el delito de detención arbitraria o ilegal del Art. 148 del CP -y no sólo el delito de secuestro, del Art. 141 del CP- es de carácter permanente, de modo que su etapa de consumación no termina sino en el momento en que el detenido queda en libertad o muere. En relación con las consecuencias procesales, sea que se trate de casos de secuestro o de detención ilegal (diferencia a la que la Sala penal poco tiempo atrás había atribuido trascendentales consecuencias), su carácter de delitos permanentes implica que, mientras no se determine la fecha de la muerte o liberación de la víctima, no es posible aplicar la Ley de Amnistía, y por ello, no es posible sobreseer definitivamente la causa, siendo necesario, en su caso, llevar la causa a plenario y dictar sentencia definitiva, abriéndose con ello la puerta a la dictación de sentencias condenatorias en contra de los autores de estos delitos, si no se revela el paradero de las víctimas. Indirectamente ello viene a respaldar, desde la política jurisprudencial de la Sala penal, los esfuerzos de otros órganos del Estado por promover esclarecimiento del paradero de las víctimas.

Por su parte, en el fallo de fecha 11 de mayo de 2000 (recurso de casación Rol 3085-99), junto con reiterar la necesidad de determinar la persona de los delincuentes, y el carácter "permanente" de las "detenciones irregulares" del Art. 148 del CP y la imposibilidad de aplicar la amnistía mientras no se esclarezca el paradero de las víctimas, vuelve a introducir una innovación, esta vez consistente en exigir el procesamiento de los presuntos autores (en sentido estricto, esto es, la dictación del auto de procesamiento en su contra), como un requisito previo para la aplicación de la amnistía.

Por último, en el fallo de fecha 29 de noviembre de 2002 (recurso de casación Rol 4135-01), la Sala Penal básicamente reitera la doctrina del fallo de fecha 7 de enero de 1999, relevando la exigencia central de determinar el destino de las víctimas, aún respecto de aquellas causas en que se haya establecido la persona de los autores ("mientras no se sepa con exactitud que fue lo que sucedió en

definitiva con el detenido, no sería posible aplicar la amnistía del decreto ley N° 2.191, aun cuando se conociera quién o quiénes fueron los autores del hecho"), pues sólo así es posible determinar si acaso el delito dejó de consumarse dentro o fuera del periodo cubierto por la ley de amnistía. Fuera de ello, en este fallo la Sala Penal parece echar un pie atrás en relación con la exigencia del necesario procesamiento de los autores, como requisito previo para aplicar la amnistía, al aclarar que la expresión "procesados" debe entenderse "en un sentido amplio (y) debe aplicarse respecto del procesado propiamente tal como también respecto del acusado o imputado" a quien sea aplicable alguna de las causales de sobreseimiento definitivo, siempre que se cumpla, por cierto, con la exigencia de haberse aclarado la aplicabilidad de la ley de amnistía, de acuerdo con la fecha en que dejó de consumarse el delito.

En este contexto de constantes adecuaciones de la doctrina jurisprudencial al surgimiento de nuevos aspectos del problema, relevantes para la política jurisprudencial de la Sala penal, la relativa estabilidad de la doctrina sobre la necesidad de investigar antes de sobreseer por amnistía no se traduce en un recurso a la mención explícita del precedente; los fallos parecen resolver cada vez la cuestión partiendo de cero, sin que lo decidido con anterioridad en causas semejantes sea invocado como argumento en apoyo de la nueva decisión.

Del análisis hecho cabe concluir que, en esta materia, al igual que en relación con el precedente n° 1, las características del asunto determinan un comportamiento altamente *preferenciaí* de los jueces de la Sala penal. Pero evidentemente, en este caso, con los factores del comportamiento *preferenciaí* de los jueces se entrecruza otro factor demasiado singular para poder captarlo en una clasificación de tipo general: el asunto de que se trata en estas causas tiene directa relación con uno de los problemas políticos más sensibles de la transición a la democracia en Chile, a saber, la demanda por verdad y justicia en relación con las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por funcionarios de las fuerzas armadas y de orden y de los servicios de inteligencia durante la dictadura militar, demanda que se ve enfrentada a la resistencia del ex dictador y sus colaboradores, de las propias instituciones armadas, demasiado politizadas para abstenerse de ejercer presiones e influencias, y, no en última instancia, de muchos miembros del poder judicial, especialmente de aquellos designados en la Corte Suprema por el propio dictador, en los últimos años de su administración. Cómo se comportan los jueces de la Corte Suprema, y de la Sala penal, "antiguos" y "nuevos" (es decir, los designados durante la dictadura, y los que lo fueron después de su término), frente a un asunto con estas implicancias, y cómo va cambiando su postura a medida que el contexto político y la "correlación de fuerzas" entre los diversos grupos de interés y de presión involucrados en el problema también se va modificando, es una cuestión que se explica fundamentalmente por las peculiaridades del problema, más que por los factores del comportamiento *precedenciaí* o *preferenciaí* de los jueces estudiados por Spaeth y Segal. Así, por ejemplo, para responder a esas cuestiones no podría ignorarse el impacto del Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, por una parte, y de los

"Ejercicios de Enlace" y el "Boinazo" con que el Ejército amenazó al gobierno democrático al comienzo de la transición, por la otra, ni de la detención de Pinochet en Londres en octubre de 1998, o de la Mesa de Diálogo con la que el gobierno de la Concertación intentó favorecer la búsqueda de la verdad sobre el destino o paradero de los detenidos desaparecidos. Como quiera que todos estos elementos hayan determinado la evolución de la doctrina de la Sala Penal, el resultado es que, en materia de aplicación de la ley de amnistía a los casos sobre detenidos desaparecidos, en el largo plazo ciertamente no se aprecia una labor fundamentalmente uniformadora de la jurisprudencia por parte de la Sala Penal, sino que puede distinguirse un actor más, marcado también por sus propias disputas internas en la materia, en el desarrollo de este conflictivo aspecto de la política chilena. Las variaciones de las diversas tesis sostenidas y los nuevos asuntos que se van planteando, antes y después de la creación de la Sala Penal, responden más, según parece, a un perfeccionamiento o adaptación de las estrategias argumentativas y de las tácticas procesales a las nuevas situaciones y contextos que se van produciendo, siempre con el objetivo de promover las propias "preferencias" de cada juez (y no, desde luego, los "precedentes"¹²), ante una problemática que para la gran mayoría de ellos parece haber sido definitiva de su identidad moral y política, de sus lealtades y/o sus necesidades de supervivencia profesional y funcionaria.

Precedente n° 3: Atenuante de irreprochable conducta anterior

Doctrina: corresponde aplicar la atenuante siempre que se acredite una conducta previa irreprochable del individuo en relación a las normas jurídico penales y no en relación a las normas éticas, morales o de tipo social, y tal irreprochabilidad deja de existir sólo en la medida que haya una sentencia condenatoria anterior.

Identificación del fallo fijador de doctrina: 9 de marzo de 1998, recaído en un recurso de casación en el fondo, Rol: 3391-97

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Sala Penal (1995-2002):

N° total de fallos de la Sala Penal, posteriores al precedente: 1 Fluctuación de la doctrina, en la Sala Penal, después y antes del precedente:

La fluctuación en la doctrina de la Corte Suprema en esta materia se da entre las dos siguientes tesis:

Tesis 1: para reconocer al condenado la atenuante de irreprochable conducta anterior, "se requiere algo más que no haber sido condenado en otras oportunidades", de modo que pueda afirmarse que su conducta anterior sea "intachable"¹³.

Tesis 2 (tesis del precedente): para reconocer esta atenuante al condenado es suficiente que éste no registre condenas anteriores en su extracto de filiación; no es un obstáculo, por tanto, el hecho de que su comportamiento "moral" o ético-social sea cuestionable.

a) Fluctuación de la doctrina de la Sala Penal, después del precedente í marzo de 1998 a 2002):

1) 12 de noviembre de 2002 (**tesis 2**)

No hay por tanto fluctuación; se registra un solo caso que, sin hacer referencia al precedente, reitera, en lo fundamental, su doctrina.

b) Fluctuación de la doctrina de la Sala Penal, antes del precedente í1995 a marzo de 1998).

1) 7 de octubre de 1997 (**tesis 1**)

Este fallo, como se verá, no representa una nueva doctrina en comparación con la de la época previa a la creación de la Sala penal, sino la continuación de una línea doctrinaria mayoritaria, con la que el posterior precedente de la Sala penal viene a romper.

Cambio de opinión sin expresar fundamentación:

	7/10/97	9/3/98
Bañados	Tesis 1	Tesis 2
Bullemore	Tesis 1	Tesis 2 14

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Corte Suprema (1983-1994)

N° total de fallos de la Corte Suprema en el periodo 1983-1994:

1. N° de fallos que siguen Tesis 1 (no basta con la falta de condenas anteriores, es necesario "algo más", en términos de una conducta moral y socialmente intachable): 6

2. N° de fallos que siguen la Tesis 2 (basta con que el condenado no tenga condenas anteriores en su extracto de filiación, para reconocerle la atenuante): 1

Fluctuación de la doctrina, en las diversas salas de la Corte Suprema (antes de la creación de la Sala Penal):

- 1) 25 de mayo de 1983, 1ª Sala (tesis 1)
- 2) 7 de noviembre de 1983, 3ª Sala (**tesis 2**)
- 3) 14 de agosto de 1984, 3ª Sala (tesis 1)
- 4) 17 de enero de 1985, 3ª Sala (tesis 1)
- 5) 27 de septiembre de 1985, 2ª Sala (tesis 1)
- 6) 22 de julio de 1987, 1ª Sala (tesis 1)
- 7) 27 de abril de 1989, 4ª Sala (tesis 1)

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala Penal, en este asunto

Dado que apenas se registra un fallo de la Sala penal, dentro del periodo estudiado, que se pronuncia explícitamente sobre la misma materia que el precedente, es difícil hablar de un claro efecto uniformador de la creación de la Sala Penal. Ahora bien, es cierto que ese único fallo posterior (Rol 4216-01, de 12 de noviembre de 2002), reitera la tesis del precedente, sin hacer mención expresa de éste pero con una fundamentación esencialmente coincidente: "la opinión dominante en la literatura y que esta Corte acoge, se aparta de ese criterio y afirma que es socialmente relevante solo aquello que es también jurídicamente desaprobado, de suerte que para la concurrencia de la atenuante basta con un extracto de filiación exento de constancias condenatorias"¹⁵. En las entrevistas realizadas, sin embargo, un Ministro de la Corte Suprema, uno de la Corte de Apelaciones de Concepción y un abogado penalista advierten que (ya) no existiría uniformidad en la Sala penal en torno a la Tesis 2.

En cualquier caso, más que introducir uniformidad allí donde no la había, el precedente de la Sala Penal vino más bien a modificar una línea doctrinal (Tesis 1) que se había mantenido estable y uniforme desde 1984 (tras un solo fallo favorable a la tesis 2, en 1983) hasta 1997, es decir, incluso después de creada ya la Sala Penal, si bien antes de la integración que ha hecho más conocidos algunos de sus fallos "fijadores de doctrina" (bajo un cierto liderazgo intelectual del Ministro Cury, desde 1998). Así, pues, en la materia correspondiente a este precedente, se aprecia más bien una vocación de imponer una interpretación garantista, pro reo, del requisito de la irreprochable conducta anterior, y no realmente un propósito de fortalecer la aplicación uniforme de la ley penal. El comportamiento de los jueces que emiten el fallo precedente, es, en tal sentido, de tipo *preferencia!*, en una materia en la que podría esperarse más fácilmente un comportamiento *precedencia!*, dada su menor carga ideológica en comparación con las que se han examinado hasta ahora, si bien de todos modos está vinculada,

como cualquier cuestión penal, a ciertas convicciones de los jueces sobre la garantía de la igualdad ante la ley, que se podría ver afectada por una interpretación moralizante, y por tanto discrecional y subjetiva, de la exigencia legal de "irreprochable conducta anterior". Así, materialmente, el principio de la aplicación predecible de la ley penal podría verse mejor servido con la sustitución de un requisito subjetivo, sujeto a las convicciones morales y ético-sociales de cada juez, por uno de carácter objetivo y formal, que vincula más claramente a los jueces a la ley¹⁶, si bien esta sustitución en primera instancia por definición consiste en un quiebre de la predictibilidad de las decisiones de los tribunales, sin que la Corte haya reconocido en el nuevo fallo explícitamente la existencia de una línea jurisprudencial anterior, que ahora viene a modificar por razones de mayor peso que las que aconsejarían mantener la doctrina asentada.

Sin embargo, otra explicación es posible para la falta de estabilidad de los "precedentes" en esta materia, distinta de (en su caso, complementaria a) la preeminencia de un comportamiento *preferenciaí* -en una materia en la que no sería tan obvio esperarlo-. Pues, lo cierto es que los jueces individualmente considerados tampoco parecen sentirse comprometidos con las tesis que han sostenido en esta materia (que no expresaría una clara "preferencia" para ellos). Algunos de ellos (Bañados y Bullemore) cambiaron de tesis, sin sentirse obligados a explicar en el nuevo precedente las razones de su propio cambio de opinión, ni aún teniendo en cuenta que uno de ellos (Bañados) fue redactor del último fallo que sostiene la tesis anterior (Tesis 1), que ahora abandona, y que el otro (el abogado integrante Bullemore) es redactor del nuevo precedente (Tesis 2), con argumentos opuestos a los que fundaron aquél último fallo partidario de la Tesis 1 en el cual él -apenas cinco meses antes- concurrió. Así, si en octubre de 1997 ambos suscriben el fallo (redactado por Bañados) que rechaza la atenuante porque

"Se requiere algo más que no haber sido condenado en otras oportunidades... para convencerse de que ha tenido un proceder ejemplar... Por el contrario el mismo (reo) admite que, contrariando las normas de buena convivencia, ingresó en estado de embriaguez -a través de una ventana- a un local donde se desarrollaba una fiesta a la que él no había sido invitado",

en mayo de 1998, ambos concurren también el fallo (redactado ahora por Bullemore) que acoge la atenuante considerando que

"Corresponde acoger la minorante del número 6 del artículo 11 del Código Penal, por cuanto ella procede siempre que se acredite una conducta previa irreprochable del individuo en relación a las normas jurídico penales y no en relación a las normas éticas, morales o de tipo social, y tal irreprochabilidad deja de existir sólo en la medida en que una sentencia condenatoria, simultáneamente, haga procedente la reincidencia como circunstancia agravante"

Una posible explicación para ese falta de congruencia con las propias decisiones

previas en esta materia estaría en el interés de los jueces en preservar un espacio para usar discrecionalmente la atenuante de irreprochable conducta de acuerdo con las necesidades de "justicia material". En efecto, según un Ministro de la Corte Suprema entrevistado, pese al amplio acuerdo existente en torno a la Tesis 2, en casos excepcionales no se concede la atenuante a quien cuenta sólo con un extracto de filiación en blanco, pero carece de conducta "intachable", si ello conduce a consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la "justicia material", por ejemplo, que "el cabecilla termine mejor (con menor pena) que su coautor". En el taller de discusión con Ministros de cortes de apelaciones y abogados también se invocaron las necesidades de flexibilidad para una solución adecuada a la "justicia material" como argumento en contra de una uniformación estricta de la jurisprudencia, en general.

Precedente n° 4: Constitucionalidad del Art. 450, inc. 1º, del CP

Doctrina: el Artículo 450, inciso 1º, del CP, que dispone que determinados delitos de robo se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa, no constituye una presunción de derecho de la responsabilidad Penal, proscrita por el Art. 19, n° 3 de la Constitución, sino sólo una regla especial sobre la pena que debe imponerse en esos casos.

Identificación del fallo fijador de doctrina: 19 de julio de 2001, recaído en recurso de casación en el fondo, Rol 1610-01.

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Sala Penal (1995-2002):

N° total de fallos de la Sala Penal, posteriores al precedente: 2

Fluctuación de la doctrina, en la Sala Penal, después y antes del precedente:

No se registra fluctuación en la doctrina aplicada por la Sala Penal. Con anterioridad al precedente, no se identificó fallo alguno sobre la materia dictado por la Sala penal; con posterioridad a él, se registraron dos fallos, que siguen exactamente la misma tesis del precedente:

1) 9 de octubre de 2001

2) 8 de octubre de 2002

La aplicación de la doctrina establecida por el precedente, por tanto, es uniforme en la Sala Penal, durante el periodo investigado.

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Corte Suprema

(1983-1994)

No se registran fallos de la Corte Suprema sobre esta materia antes de la creación de la Sala Penal.

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala Penal, en este asunto

En este caso no es posible examinar el impacto relativo de la creación de la Sala Penal en la uniformación de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia, pues no es posible la comparación con el periodo anterior a la creación de la misma, en el cual no se presentó el problema. El asunto es, sin embargo, relevante por las peculiaridades que se dan en relación con la "uniformación vertical" de la doctrina jurisprudencial, sobre todo por la abierta "resistencia" de ciertas cortes de apelaciones a la doctrina establecida por la Sala Penal de la Corte Suprema, como se verá más adelante.

Sí es importante dejar establecido que, en términos "absolutos" -es decir, sin comparación con un inexistente periodo anterior en la jurisprudencia sobre esta materia- la doctrina establecida por el precedente alcanza clara uniformidad¹⁷. Ello se expresa no sólo en el hecho de que fue reiterada a lo menos en dos ocasiones, en un periodo relativamente breve, sino además que lo fue siempre por unanimidad, y con reiteración clara de los mismos fundamentos. En la primera ocasión en que la Sala Penal reitera la doctrina del precedente, sólo 3 meses después de establecerlo (fallo del 9 de octubre de 2001, Rol 1815-01), omite hacer referencia al hecho de que está sigue un precedente que ella misma fijó, a pesar de copiar textualmente la fundamentación de aquél¹⁸; en la segunda ocasión, en cambio, (fallo del 8 de octubre de 2002, Rol 3029-2002), esta vez (como en el precedente) con redacción de Cury, la Corte le atribuye alguna importancia a este hecho en su fundamentación: "Que, como cuestión previa, ha de establecerse que la jurisprudencia reiterada de esta Corte Suprema ha desestimado, sea por vía del recurso de casación en el fondo o conociendo, del recurso de nulidad que regula el Código Procesal Penal, las alegaciones en orden a que el artículo 450 inciso 1º del Código Penal se encuentra derogado tácitamente porque contrariaría los principios que impiden presumir de derecho la responsabilidad"¹⁹.

La falta de opiniones divergentes, siquiera como votos de minoría, impide apreciar si acaso los jueces de la Sala penal, en las dos ocasiones en que siguen el precedente, se están comportando realmente de forma *precedencia!* -siguiendo el precedente porque es correcto mantener una línea doctrinaria estable- o *preferencia!* -siguiéndolo simplemente porque les gusta esa línea doctrinaria-; pero, considerando que la integración de la Sala se mantiene relativamente estable en esas dos ocasiones siguientes, y teniendo en cuenta su actitud preferencial respecto de las demás materias estudiadas, ciertamente es más

probable que los jueces hayan actuado simplemente motivados por sus propias convicciones o preferencias.

Precedente n° 5: Aplicación de la ley intermedia que no entró en vigencia

Doctrina: en aplicación del Art. 18 del Código Penal y el Artículo 19, n° 3, de la Constitución, la ley penal intermedia más favorable debe aplicarse desde el momento de su promulgación, aún si no llega a tener vigencia por estar sujeta a un periodo de vacancia y haber sido derogada antes del concluir ese periodo.

El problema se plantea en relación con las rebajas de pena que la Ley 19.450 introdujo para una serie de delitos patrimoniales respecto de los cuales la cuantía de la pena se determina en relación con el valor de la cosa o el monto del perjuicio (entre ellos, los hurtos y los fraudes), ley que pese a haber sido promulgada (y publicada en el Diario Oficial el 18 de Marzo de 1996) nunca llegó a tener vigencia pues, habiendo quedado sujeta a un periodo de vacancia de sesenta días, que luego fue prorrogado por un año (por medio de la Ley 19.456), finalmente fue parcialmente derogada (en una parte relevante para los hechos a que se refiere la sentencia) antes del término de su vacancia, por la Ley 19.501 (de 15 de Mayo de 1997)^{[20](#)}.

Identificación del fallo fijador de doctrina: 22 de junio de 1998, recaído en recurso de casación en el fondo, Rol 1463-98.

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Sala Penal (1995-2002):

N° total de fallos de la Sala Penal, posteriores al precedente: 4

Fluctuación de la doctrina, en la Sala Penal, después y antes del precedente:

La fluctuación en la doctrina de la Corte Suprema en esta materia se da entre las dos siguientes tesis:

Tesis 1: la ley penal intermedia más favorable sólo puede aplicarse si ha entrado en vigencia; su promulgación no basta si, por establecerse un periodo de vacancia, aún no ha entrado en vigencia.

Tesis 2 (tesis del precedente): la ley penal intermedia más favorable debe aplicarse desde su promulgación, aún si no ha entrado (ni llega nunca a entrar) en vigencia.

a) Fluctuación de la doctrina de la Sala Penal, después del precedente (julio de 1998 a 2002):

- 1) 8 de julio de 1998 (**Tesis2**)
- 2) 16 de septiembre de 1998 (**Tesis 2**)
- 3) 20 de enero de 1999 (**Tesis 2**)
- 4) 1 de septiembre de 1999 (**Tesis 2**)

b) Fluctuación de la doctrina de la Sala Penal, antes del precedente Í1995 a junio de 1997).

- 5) 18 de marzo de 1997 (**Tesis 1**)
- 6) 24 de marzo de 1997 (**Tesis 1**)
- 7) 30 de junio de 1997 (**Tesis 1**)

En conclusión, la fluctuación de la doctrina de la Sala Penal, sobre esta materia, es baja: tras tres fallos uniformes a favor de la Tesis 1, el precedente introduce un giro a favor de la Tesis 2, doctrina que se mantiene estable durante el periodo estudiado.

Cambio de opinión sin expresar fundamentación:

	18-3-97	24-3-97	30-6-97	16-9-98	20-1-99	1-9-99
Navas	Tesis 1	Tesis 1	Tesis 1	Tesis 1	Tesis 2	Tesis 1

Uniformidad de la doctrina sobre el mismo asunto en la Corte Suprema (1983-1994)

No hay registro de que el asunto se haya planteado en le Corte Suprema con anterioridad a la creación de la Sala Penal.

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala Penal, en este asunto

En esta materia se aprecia un alto grado de uniformidad interna de la doctrina de la Sala penal, con varios fallos que aplican consistentemente una tesis (Tesis 1) hasta que se produce un único giro doctrinal (hacia la Tesis 2) que se mantiene estable en el tiempo. La primera tesis, en las tres ocasiones en que fue sostenida por la Sala Penal, se había impuesto por una estrecha minoría de tres votos contra dos, con la expresa oposición del Ministro Navas y el abogado integrante Bullemore, que redactan votos de minoría sosteniendo la Tesis 1. Casualmente, esos mismos dos integrantes son los únicos que se mantienen tras la renovación de la Sala en 1998, con la integración de los ministros Cury, Chaigneau y Pérez, quienes se unen a la tesis de los dos primeros (Tesis 2), que de ser minoritaria pasa a ser unánime, salvo en alguna ocasión en que vuelve a integrar sala el

ministro Navas, redactando un voto de minoría.

En todo caso, no puede hablarse propiamente de un "efecto uniformador" en relación con la creación de la Sala penal, pues la materia objeto de estos fallos es muy peculiar y no se tiene registro de que se planteara una situación similar antes de haberse creado la Sala Penal en 1995.

Un hecho a destacar es que en esta materia, como probablemente en ninguna otra, se encuentran varios fallos de la Sala penal de la Corte Suprema, posteriores al "fallo fijador de doctrina", que citan expresamente en sus considerandos la propia jurisprudencia de la Sala penal. Así, el fallo del 8 de julio de 1998, refiriéndose a las disposiciones más favorables introducidas por la Ley 19.450, sostiene: "...corresponde tenerlas en consideración desde que es promulgada lo que está de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, conforme al fallo de veintidós de junio pasado, dictado en los autos rol N° 321-97 del Segundo Juzgado del Crimen de Arica, ingreso 1.463-98"; más tarde, en fallo de la Sala Penal del 16 de septiembre de 1998 reitera la misma doctrina, mencionando ahora ambos fallos (de 22 de junio y de 8 de julio de 1998); y, finalmente, en su fallo del 20 de enero de 1999, se insiste en el criterio que "ha sido sostenido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corte".

En esta materia, como en otras que se relacionan con garantías penales establecidas en la Constitución, el comportamiento de los jueces individualmente considerados demuestra ser en alto grado *preferencia!*. Frente a las razones de principio de los jueces, sobre todo los partidarios de la Tesis 2 que comienzan redactando votos de minoría para insistir en el imperativo constitucional de aplicar la ley intermedia más favorable al reo desde su promulgación, las razones a favor de una aplicación uniforme del derecho no parecen tener peso alguno. En todo caso, la actitud *preferencia!* se presenta también en el único juez (Navas) que insiste, en solitario, en la tesis opuesta, una vez que ya se impuso la doctrina del nuevo precedente. Originalmente este juez había formado parte de la mayoría que sostuvo la tesis de que es necesaria la entrada en vigencia de la ley intermedia (Tesis 1), tesis en la que insistirá en el voto con que se opone a la opinión de mayoría del fallo de 16 de septiembre de 1998 (Rol 2499-98), que sigue expresamente al precedente establecido 3 meses antes. Curioso es, por ello, que en el fallo de 20 de enero de 1999 (Rol 3.857-98 ²¹), Navas aparezca suscribiendo conjuntamente ahora la Tesis 2, en un fallo unánime, sin expresar motivos para su cambio de opinión. Podría pensarse que ello da cuenta de un comportamiento estrictamente *precedencia!* (apego al precedente, pese a tener una "preferencia" u opinión diversa). Sin embargo, esa impresión se desvanece al descubrir que el mismo Navas aparece 8 meses después (en fallo Rol 2636-99, de 1 de septiembre de 1999) redactando nuevamente un voto de minoría en un caso completamente análogo, en el que vuelve a insistir en la tesis de la "vigencia" (Tesis 1 ²²); con ello, no es posible hablar de comportamiento *precedencia!* de este ministro, cuyo aislado cambio de opinión en el fallo del 20 de enero de 1999 queda sin

explicación.

2. Análisis global y visión de los protagonistas

En las cinco materias a que se refieren los cinco precedentes incluidos en el estudio la Sala Penal consiguió establecer doctrinas relativamente claras que ella misma siguió en decisiones posteriores.

Con todo, ello no debe llevar a conclusiones apresuradas sobre el efecto uniformador de jurisprudencia de la creación de la Sala penal o sobre la "vocación" de esta sala de fijar doctrinas jurisprudenciales estables.

En primer lugar, debe recordarse que estas cinco materias no representan casos escogidos aleatoriamente, sino precisamente fallos relativamente excepcionales, en la medida que fijan posición en una materia que, por su claridad, y eventualmente, por la reiteración de la doctrina, se prestan para ser seguidos como precedentes. Para llegar a estas cinco decisiones hubo que descartar decenas y decenas de otras en las que estas condiciones no se daban.

En segundo lugar, en cuatro de estas cinco materias (precedentes 1, 2, 3 y 5), la relativa "uniformidad" de la doctrina sólo se alcanza una vez producida la renovación de la Sala penal, con la integración que tendrá a partir de 1998, cuando se abandonan otras tesis divergentes, en cada una de esas cuatro materias. En el caso de la quinta materia (precedente 4), tampoco es que se haya producido uniformidad durante todo el periodo, sino que sencillamente no se planteó el problema antes de la renovación de la sala de 1998. Pero con ello no se quiere decir que la virtud de la consistencia con sus propias decisiones sea propia de esa "segunda sala penal" (la "renovada", a partir de 1998). La verdad es que también se aprecia, en esas mismas cuatro materias, una relativa uniformidad en la doctrina sostenida por la "primera sala penal" (antes de su renovación, es decir, de 1995 a 1998). La explicación de este fenómeno radica simplemente en que el cambio en la integración de la Sala Penal, unido a un comportamiento abiertamente *preferencia!* de los jueces de una y otra etapa (antes y después de 1998), permitió una relativa estabilidad en las doctrinas de la sala en ambas etapas. Las mayorías que le dieron relativa estabilidad a esas doctrinas, en una y otra etapa, con todo, en ocasiones eran débiles (3 contra 2), de modo que la estabilidad se debió en alguna medida al acaso, pues hubiese bastado el cambio de un solo ministro, por ejemplo por enfermedad, para que la sala hubiese resuelto el asunto de acuerdo con la tesis contraria. De hecho, una serie de materias que no fueron escogidas como precedentes en esta investigación, precisamente por falta de estabilidad y de reiteración de la doctrina, fueron objeto de decisiones cambiantes a causa de cambios en la composición de la sala, en un contexto de comportamiento puramente *preferencia!* de los jueces.

Por otra parte, del hecho que durante la existencia de la Sala Penal algunas de las

doctrinas defendidas hayan alcanzado relativa estabilidad no se desprende que este sea un efecto propio de la creación de la Sala Penal. En algunas de estas materias también las doctrinas eran relativamente estables antes de la creación de esa sala; ello ocurrió, de hecho en dos de las tres materias en que el asunto ya se había presentado antes de la creación de la sala penal (precedentes 2 y 3²³, no así en cambio en relación con el precedente 1). Es cierto, con todo, que en alguna materia, como en el caso paradigmático del precedente 1, es notoria la mayor aptitud de una sala especializada en materia penal para "ordenar la discrepancia", y permitir uniformar, siquiera por periodos, la doctrina que rige la solución del problema. Pero esto apenas es función de la relativa estabilidad de los miembros que la integran, y poco o nada tiene que ver con su vocación de promover la uniformación y estabilidad de la jurisprudencia, y por esa vía dar certeza e igualdad en la aplicación del Derecho, valores que son incompatibles en la práctica con un comportamiento tan unilateralmente *preferencia!* como el que exhiben los jueces de la Sala

Penal. De hecho, incluso la estabilidad de los miembros de la sala no asegura necesariamente la de la jurisprudencia, en aquellos casos en que por razones de "justicia material" los jueces prefieren contradecirse y así poder resolver el caso de acuerdo con su propio sentido de justicia, convirtiendo los recursos de casación (o nulidad) en una nueva instancia para decidir el fondo del asunto. La siguiente explicación de un ministro de la Corte Suprema da cuenta de este ethos de justicia para el caso individual, como justificación de la autocontradicción:

"ahora en justicia penal es más necesario hacer una justicia material uno trata con seres humanos y cosas importantes como las privaciones de libertad y se piensa en ello, por lo mismo hay veces en que uno le dobla la mano a la ley cuando no se le ocurre otra cosa para lograr una sentencia más justa, uno le ve la cara a los relatores cuando uno le ha dicho blanco y luego le dice gris, contra incluso lo que yo he sostenido en mis libros yo renuncio por que el dolor de la pena lo merece y eso lo hice... aunque el ideal es que se tratare de uniformar para lograr una coherencia hacia el exterior, pero fíjese que dentro de la cárcel se agradece eso, porque la gente sabe que a una persona le aplicaron menos pena pero lo acepta por que a quién se favoreció es padre de familia, la gente entiende a veces la diferencia, que desde el punto de vista jurídico puro no debiera existir".

En las entrevistas, las opiniones se encuentran relativamente divididas sobre la cuestión del interés y efectividad de la Sala penal en la función de uniformación - interna- de la jurisprudencia. Un ministro de Corte de Apelaciones aprecia que "la Sala Penal ha sido clara para uniformar", mientras que para otro "ha logrado cierta uniformidad", y un tercero considera, en cambio, que "creo que la Corte Suprema y las cortes de apelaciones nunca han tenido la intención de crear jurisprudencia, siempre han resuelto el caso (concreto)".

Un muy prestigioso abogado penalista y profesor de Derecho Penal entiende también que "la Sala Penal, salvo excepciones, no tiene intenciones de uniformar"

y respecto de sus fallos, por lo demás, "hay un bajo conocimiento, salvo en casos de connotación pública... (de modo que a la jurisprudencia de esta sala) no se le da valor, no se la invoca, (pues) es de pobre nivel -salvo algunos fallos de Cury-comparada con la que había décadas atrás... con una comunidad (de penalistas) sólida (que influía en la producción de la jurisprudencia)".

Otro conocido abogado penalista y profesor de Derecho Penal considera que el rol de la Sala Penal en la producción de doctrinas jurisprudenciales depende de las materias: "hay oportunidades en que el fallo sólo resuelve el caso concreto, y el otro extremo, en que pretenden crear jurisprudencia, y entre medio, otros fallos que no tienen fundamento".

También es significativa la ausencia de una práctica regular, por parte de la Sala Penal, de citar los propios precedentes, incluso en casos en que una nueva decisión aplica textualmente los argumentos de una decisión anterior, al punto de haber empleado ostensiblemente el mismo archivo computacional para evitar volver a transcribir los considerandos respectivos del fallo precedente. Es decir, son casos en los que la Sala Penal no ignora ni ha "olvidado" que ya ha resuelto el asunto en ese sentido, y en los cuales además tiene perfectamente a mano los antecedentes de ese precedente, de modo que no hay un problema de economía de tiempo, en el sentido de querer ahorrarse el esfuerzo de buscar y citar un precedente que no se recuerda bien cuándo fue emitido; por el contrario, son casos en que literalmente el redactor tiene ante la pantalla la referencia del precedente, y aún así, omite incluirla en el nuevo fallo. Como una posible explicación para este fenómeno, un ministro de corte de apelaciones y ex relator de la Corte Suprema explica "...hay ciertas cosas que ya se dan por sentadas en la Corte Suprema...hay uniformidad entre los miembros de la Sala Penal y no es necesario dejarlo escriturado de una manera tan lata.. ellos recurren a estos modelos constantemente cuando se trata del mismo tema... van dejando una jurisprudencia bien estable".

Con todo, excepcionalmente -como se vio- en algún caso se hace referencia a "la jurisprudencia de esta Corte" o, incluso, a fallos precisos y singularizados, como un argumento en apoyo de la nueva decisión. Algún entrevistado (ministro de corte de apelaciones), con todo, aprecia en estos casos más bien excepcionales, un fenómeno al parecer nuevo, que podría también estar indicando una nueva tendencia: "hay (una) tendencia en los Tribunales Superiores de apoyarse en las decisiones anteriores sobre el mismo tema".

III. Uniformación vertical de la jurisprudencia a nivel de las cortes de apelaciones

Una vez estudiado el grado de uniformidad alcanzado por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, en las cinco materias definidas en la sección anterior, corresponde examinar ahora si acaso el establecimiento de doctrinas -

más o menos- claras y relativamente uniformes por parte de la Sala Penal, en los cinco precedentes identificados, se tradujo o no en una uniformación "vertical" de la jurisprudencia a nivel de las Cortes de Apelaciones, es decir, si estas cortes al resolver asuntos semejantes siguieron la doctrina establecida por la Sala Penal de la Corte Suprema en esas materias.

Fuera de ello, se intenta comparar la uniformación vertical de la doctrina producida por la Sala penal, con la que la Corte Suprema era capaz de generar antes de la creación de dicha Sala Penal. Para ello, se recurre a las mismas materias tenidas en cuenta en los cinco precedentes de la Sala Penal, cuando ello es posible, es decir, cuando sobre esas materias se pudo identificar también un precedente claro de la Corte Suprema emitido antes de 1995, lo que ocurre en el caso de los precedentes 1, 2 y 3 de la Sala Penal.

En cada caso, para examinar si las cortes de apelaciones siguen la doctrina de la Sala penal, o de la Corte Suprema en general, la metodología del estudio contempló la fijación de un periodo de búsqueda, que abarca los dos años calendario posteriores a la fecha del precedente. Dentro de ese periodo de búsqueda, la muestra de fallos de las tres cortes de apelaciones consideradas (Santiago, Concepción y La Serena²⁴) abarcó todos los fallos emitidos en los meses de abril y octubre.

El seguimiento o no de los precedentes por parte de las cortes de apelaciones se analiza -al igual que en el caso de la uniformación interna- como un comportamiento colectivo de estas cortes (o de sus salas), pues es en las decisiones colectivas de las mismas donde se verifica o no el fenómeno de la uniformación vertical de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Para caracterizar la actitud de estas cortes de apego a la línea jurisprudencial o al nuevo precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema se emplearán, respectivamente, los conceptos de *congruencia y receptividad*, acuñados a propósito de la teoría de la relación "mandante-agente" (Songer, Segal y Cameron, 2004). Con todo -de nuevo, de forma análoga a lo hecho en el caso de la Corte Suprema-, dado que el seguimiento o no de los precedentes por parte de aquellas cortes depende a fin de cuentas de la actitud de apego o no al precedente que manifiesten los ministros de cortes de apelaciones individualmente considerados, también se examinará esa actitud, de la mano de los conceptos de *comportamiento precedencia!* y *comportamiento preferencia!* acuñados en el contexto de las investigaciones basadas en el *Attitudinal Model* (Spaeth y Segal, 1999).

1. Resultados para la muestra de cinco "precedentes" de la Sala Penal de la Corte Suprema.

Precedente n° 1: inconstitucionalidad del Artículo 44 de la Ley de Cheques

Resumen doctrina Sala Penal: Artículo 44 de la Ley sobre Cuentas Corrientes

Bancarias y Cheques "es de menor jerarquía" que los artículos 19 N° 7 y N° 26 de la Constitución Política de la República, "cuya aplicación preferente debieron aplicar los jueces de la causa". Implícitamente, del fallo se desprende que, en este caso, la norma de menor jerarquía transgrede el Art. 19, N° 26 de la Constitución y, en ese sentido, es inconstitucional **Identificación del fallo fijador de doctrina:** 26 de octubre de 1999, recaído en apelación de recurso de amparo, Rol N° 3.804-99.

Uniformación de la jurisprudencia a nivel de las cortes de apelaciones:

1) Uniformación producida a partir del precedente de la Sala Penal

Muestra de fallos, en el periodo de búsqueda: **abril-octubre 2000 y abril-octubre 2001.**

Resultados:

A. La Serena

- N° de fallos encontrados: 0

B. Concepción

- N° de fallos encontrados: 0

C. Santiago

- N° de fallos encontrados: 0

* Fallos encontrados en **otras cortes de apelaciones**²⁵:

- Corte de Apelaciones de Punta Arenas: 8 fallos

- 1) **30 de diciembre de 1999 (Art. 44 no es contrario a la Constitución)**
- 2) 28 de marzo de 2000 (Art. 44 no es contrario a la Constitución)
- 3) 23 de mayo de 2000 (Art. 44 no es contrario a la Constitución)
- 4) 27 de abril de 2001 (Art. 44 no es contrario a la Constitución)
- 5) 26 de mayo de 2001 (Art. 44 no es contrario a la Constitución)
- 6) 12 de julio de 2001 (Art. 44 no es contrario a la Constitución)
- 7) 9 de octubre de 2001 (Art. 44 no es contrario a la Constitución)
- 8) 1 de abril de 2002 (Art. 44 no es contrario a la Constitución)

2) Uniformación producida antes de la creación de Sala penal, por la Corte

Suprema. Precedente: fallo del Pleno de la Corte Suprema, de fecha 31 de enero de 1986. Doctrina: el Art. 44 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques no es contrario a la Constitución. Muestra de fallos, en el periodo de búsqueda: abril-octubre 1987 y abril-octubre 1988. Resultados:

A. La Serena

- N° de fallos encontrados: 0

B. Concepción

- N° de fallos encontrados: 0

C. Santiago

- N° de fallos encontrados: 0

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala Penal, a nivel de las Cortes de Apelaciones, en esta materia

Tanto antes como después de la creación de la Sala Penal, en las tres cortes de apelaciones escogidas para el estudio no se encontraron, dentro del periodo de búsqueda, casos que trataran el asunto.

Una explicación posible para la falta de casos posteriores al precedente de la Sala Penal de 1999 es que, efectivamente, la nueva doctrina haya comenzado a ser seguida por los tribunales del crimen y las cortes de apelaciones, y que los querellantes no hayan apelado de esas decisiones (cuando se adoptaron en resolución de recursos de amparo). De hecho, las entrevistas, como se verá más abajo, dan cuenta de que la práctica judicial termina siendo uniforme en el sentido de fijar montos de caución inferiores al del cheque, es decir, que el Art. 44 deja de aplicarse a nivel de las cortes de apelaciones poco tiempo después del precedente de la Sala Penal, salvo en el caso controvertido caso (analizado también más abajo) de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

Ahora bien, el hecho que ni siquiera se plantee el asunto a nivel de las cortes de apelaciones, o que se plantee con tan poca frecuencia como para que no aparezcan casos en la muestra, requiere una explicación adicional.

Dos razones pueden proporcionarla:

- en este precedente se trata de una doctrina muy clara, referida a un asunto bastante simple, pero al mismo tiempo de gran importancia práctica, que afecta a imputados que normalmente contaban con defensa relativamente informada en cuestiones de práctica penal; por ello, es mucho más fácil que en relación con

otras materias que los jueces del crimen hayan conocido rápidamente la nueva doctrina de la Sala Penal que rechaza fijar como cuantía de la fianza, al conceder la libertad provisional, el monto del cheque, seguramente informados por los propios abogados defensores;

- no parece haber razones de principio para oponerse, como juez, a una decisión que no tiene otra consecuencia práctica que tener que fijar la fianza, para conceder la libertad provisional, en una cuantía menor al monto del cheque; es una decisión que, por su naturaleza, más bien "procedimental"²⁶, se presta para producir *receptividad* de los jueces (como "agentes") a un cambio de jurisprudencia introducido por la Corte Suprema (como "mandante"), que en la práctica no restringe significativamente el margen de maniobra de los jueces²⁷.

La explicación que da un Ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción confirma esta impresión: este entrevistado afirma que el cambio de postura de la Sala Penal fue públicamente conocido y seguido por los jueces del crimen y las cortes de apelaciones, de acuerdo con reglas sencillas y claras:

"yo fui juez del Crimen más de diez años en Concepción; entonces, durante más de diez años yo vi, por lo menos en toda la evolución, cuando antes se exigía pagar completo (como fianza) el capital y las costas (como lo exige el Art. 44 de la Ley de Cheques), después vino (como criterio de la Sala Penal) el 50%, después bajaron a una cantidad menor, al final, después, una fianza simple, generalmente es el 10 % del valor del cheque, más o menos".

En cambio, la inexistencia de fallos de Cortes de apelaciones, posteriores al precedente del Pleno de la Corte Suprema, de 1986 es más difícil de explicar, pues en tal caso se dan menos razones para que los jueces se mantengan *congruentes* con esa doctrina -que podría afectar negativamente una garantía constitucional²⁸ -, y los defensores, por su parte, tenían buenas razones para seguir intentando, por la vía del recurso de amparo, obtener una reducción del monto de la fianza, que puede ser un obstáculo real para la excarcelación de su cliente; sin embargo, no se encontraron causas en que se planteen esos recursos en el período de búsqueda. Por ello, sumado al hecho de que, en este caso, en las entrevistas no se encuentran referencias en este sentido, no es posible suponer sin más que la ausencia de fallos en la materia se deba a que también este precedente -del Pleno de la Corte Suprema- produjo uniformación vertical en las cortes de apelaciones, esta vez en torno a la tesis que afirma la constitucionalidad del Art. 44 de la Ley de Cheques (es decir, que obliga a fijar como fianza el monto del cheque).

Volviendo al precedente de la Sala penal, y sin perjuicio de la falta de fallos sobre la materia en la muestra correspondiente a las cortes de apelaciones de Santiago, Concepción y La Serena, durante la investigación se tuvo acceso a un conjunto de decisiones de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sobre la misma materia del precedente, que merecen ser mencionadas y analizadas a propósito del tema de la uniformación vertical. En esos fallos, este tribunal sistemáticamente rechaza los

recursos de amparo interpuestos en contra de resoluciones que fijan como cuantía de la fianza el monto del cheque, decisiones que después, también en forma sistemática, son rechazadas por la Sala Penal de la Corte Suprema (por lo menos en 7 ocasiones). En cada ocasión, la Corte de Punta Arenas sostiene que el Art. 44 de la Ley de Cheques no es inconstitucional.

En el primer fallo de dicha Corte posterior al precedente de la Sala Penal -de fecha 30 de diciembre de 1999-, se argumenta en el sentido de que el art. 44 de la Ley de Cheques cumple con lo prevenido en el art. 19, N° 7º, letras b) y e) de la Constitución²⁹, toda vez que dicho art. 44 no haría otra cosa que establecer la modalidad para obtener la libertad provisional tratándose del delito de giro doloso de cheque, a saber, otorgando el imputado una caución en dinero por el total del importe del cheque y los intereses y costas fijados prudencialmente por el tribunal; esta modalidad de la caución "está en armonía con la naturaleza misma del delito de giro doloso de cheques que, en esencia, atenta contra varios bienes jurídicos en forma simultánea y no sólo uno en forma particular, cuales son el patrimonio, la fe pública y el orden público económico o socio económico en conjunto"³⁰.

En seguida, el fallo rechaza "la tesis planteada por el recurrente en orden a que esta última disposición legal (el Artículo 44 de la Ley de Cheques) ha sido derogada tácitamente por la Constitución Política de la República, ello al tenor del artículo 5º de dicha Constitución, en relación con el artículo 52 del Código Civil, puesto que, además de todo lo razonado, el Decreto con Fuerza de Ley N° 707 es de 7 de octubre de 1982, época posterior a la de la vigencia de la Carta Fundamental, y sin perjuicio que el recurrente (ha) citado una disposición no aplicable en la especie, cual es la norma del artículo 52 del Código Civil, que en su inciso segundo se refiere a que la derogación de la ley "es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior". Con ello, el fallo descarta realmente un argumento esgrimido por la propia Sala penal de la Corte Suprema -pero, sin mencionarla- si bien formalmente aparece controvirtiendo únicamente la tesis del recurrente³¹.

En fallos de 28 de marzo y de 23 de mayo de 2000, la Corte de Punta Arenas reproduce los mismos argumentos, agregando "Que tampoco se contraviene el número 26 del artículo 19 de la misma Constitución, en cuanto hacer ilusorio o afectar derechos en su esencia, por cuanto la ley especial ha contemplado un requisito para el ejercicio de tal derecho".

El primero de esos fallos, de fecha 28 de marzo de 2000, Rol N° 70.576, es además especialmente interesante por el hecho de que en el escrito del recurso de amparo el abogado defensor citó expresamente en apoyo de su argumentación el precedente de la Sala penal de la Corte Suprema, emitido apenas cinco meses antes; la Corte de Punta Arenas, de hecho, al redactar el voto de mayoría consigna esta circunstancia en el resumen de los fundamentos del recurso (en los

"Vistos"), pero en el análisis desarrollado en los considerandos no asigna ningún valor al hecho -que ni menciona- de que exista un precedente de la Corte Suprema sobre la materia, esto es, a la necesidad o siquiera al valor relativo de mantener "congruencia" con la jurisprudencia de ese tribunal. En cambio, el voto de minoría, del abogado integrante Curtze, sí se refiere expresamente al precedente de la Sala penal y se muestra partidario de acoger el recurso "...por cuanto estima que el voto de mayoría de la Excma. Corte Suprema... es aplicable en la especie...".

En todo caso, la Corte de Punta Arenas es "consecuente" con su desinterés por la jurisprudencia de la Corte Suprema, en la medida que tampoco busca apoyo a favor de su propia tesis en el fallo emitido por el Pleno de la Corte Suprema que, apenas dos meses antes del precedente de la Sala Penal, y con argumentos similares a los de la Corte de Punta Arenas afirma la constitucionalidad del Art. 44 de la Ley de Cheques; y ello, aún pese a que esta decisión del Pleno aportaba, adicionalmente, importantes argumentos de carácter histórico, y otros relativos a la naturaleza del delito de giro doloso de cheques.

En fallos posteriores la Corte de Punta Arenas recurre a un argumento formal para oponerse a los recursos de amparo, con la que consigue fallos unánimes. Así, en las sentencias de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de fechas 12 de julio y 1º de octubre de 2001 y 1º de abril de 2002 el recurso de amparo es declarado inadmisibile, "toda vez que -en definitiva- por esta vía se impugna una resolución que ha sido dictada por esta Corte, sin que ello sea posible, conforme lo dispone el artículo 315 del Código de Procedimiento Penal". La Corte se refiere a que en todos estos casos la resolución en contra de la cual se reclama por la vía del amparo -por haberse fijado la caución de la libertad provisional de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Cheques- había sido confirmada por el mismo tribunal de alzada. En todos estos casos la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de confirmar la sentencia apelada, de oficio concede la libertad provisional, sujeta a una fianza que fija en montos inferiores a la cuantía del cheque "teniendo presente que el artículo 44 de la Ley de Cuentas Corrientes y Cheques es de menor jerarquía que los artículos 19 N° 7 y 26 de la Constitución Política del Estado, cuya aplicación preferente debieron aplicar los jueces de la causa" (sentencia de 18 de julio de 2001). En cada siguiente ocasión en que se plantee el problema, sin embargo, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas mantiene en lo fundamental su posición. En relación con la pertinacia-por lo demás infrecuente en la práctica judicial chilena- de la Corte de Punta Arenas, que insiste una y otra vez en su doctrina, pese a las ya seguras revocaciones, prácticamente mecánicas de la Sala Penal, debe observarse el cambio de argumentación que se aprecia a partir de determinado momento, con el fin de mantener su misma tesis. No se trata, por tanto, de un cambio de posición, sino que de una nueva argumentación, que tampoco persigue, al parecer, persuadir a la Sala Penal para que a su vez cambie su doctrina, acogiendo la propia.

Como cuestión final, cabe hacer notar que la falta de "receptividad" de la Corte de

Apelaciones de Punta Arenas al cambio de doctrina en la Sala Penal se puede explicar, no sólo por la propia pertinacia de sus ministros, sino también, siquiera en parte, por la relativa "precariedad" de la mayoría favorable a la nueva doctrina en la Sala Penal, que en repetidas ocasiones apenas logra imponerse por 3 votos contra 2, en un contexto en que, a nivel general de la Corte Suprema -como lo demuestra la decisión del Pleno-, esa no es la tesis mayoritaria.

De lo afirmado por los jueces entrevistados, con todo, se desprenderse que, una vez consolidada la doctrina de la Sala Penal, la Corte de Punta Arenas abandona su postura y se hace *receptiva* a la nueva jurisprudencia de la Sala Penal en la materia. Así lo afirman derechamente un ministro de la Sala Penal de la Corte Suprema y uno de la Corte de Apelaciones de Santiago, ambos entrevistados el año 2004, según los cuales **ya nadie fija la lianza de acuerdo con el Art. 44 de la Ley de Cheques.**

De ser así, en esta materia finalmente se produjo un efecto de uniformación vertical de la jurisprudencia de la Sala penal, a nivel de las cortes de apelaciones, efecto que, en cambio, no se aprecia (no hay indicios a favor de ello) en relación con la doctrina sostenida por la Corte Suprema (en el precedente del Pleno, del año 1986), antes de la creación de la Sala Penal.

Precedente n° 2: aplicación de la Ley de Amnistía.

Resumen doctrina Sala penal: Para aplicar el DL 2191 de 1978, Ley de Amnistía, debe encontrarse agotada la investigación acerca de la forma en que ocurrieron los hechos y estar determinada en forma clara e indubitada la persona del delincuente.

Identificación del fallo fijador de doctrina: 9 de septiembre de 1998, recaído en un recurso de casación en el fondo, Rol: 469-98 **Uniformación de la jurisprudencia a nivel de la Corte Marcial de Santiago**³²:

1) Uniformación producida a partir del precedente de la Sala Penal Muestra de fallos, en el periodo de búsqueda: **año 2001**³³.

Resultados:

- N° de fallos encontrados: 17
- N° de fallos que siguen la tesis de que no es necesaria la investigación ni la determinación de la persona del delincuente: 17

2) Uniformación producida antes de la creación de Sala penal, por la Corte Suprema. Precedente: fallo de la 2ª Sala de la Corte Suprema, de fecha 11 de agosto de 1989. Doctrina: Dictada una ley de amnistía, el juez queda,

desde ese momento, legalmente impedido de continuar la investigación y debe sobreseer. Muestra de fallos, en el periodo de búsqueda: **abril-octubre 1990 y abril-octubre 1991**

Resultados:

- N° de fallos encontrados: 13
- N° de fallos que siguen la tesis de que no es necesaria la investigación ni la determinación de la persona del delincuente: 13

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala penal, a nivel de la Corte Marcial, en esta materia

La Sala Penal de la Corte Suprema no produjo ningún efecto de uniformación vertical en esta materia, ni respecto de la Corte Marcial ni de los Juzgados Militares. Así, después de que la Sala penal la Corte Suprema estableció su precedente de fecha 9 de septiembre de 1998 (según el cual el sobreseimiento definitivo por amnistía sólo puede decretarse luego de haberse determinado tanto la existencia del delito como la persona de los delincuentes), la Corte Marcial de Santiago rechazó todas las apelaciones en las que se impugnaban las resoluciones del tribunal de primera instancia que había sobreseído definitivamente por amnistía sin realizar investigación alguna, confirmando dichos fallos, e ignorando así completamente la jurisprudencia de la Sala Penal.

Esta actitud es perfectamente explicable, como manifestación de la falta de independencia de la justicia militar frente a la cúpula militar que, encabezada en esos años por el propio ex Dictador Augusto Pinochet, se encargaba de ejercer una enérgica presión para evitar el juzgamiento de miembros activos y en retiro de las instituciones armadas. Institucionalmente, esa presión es incontrarrestable a nivel de los juzgados militares y de las cortes marciales, en las que la mayoría de sus miembros son uniformados, y sólo una minoría está compuesta por ministros de corte de apelaciones.

Frente a este hecho, es irrelevante el dato de que la doctrina anterior, del "precedente" de la Corte Suprema de fecha 11 de agosto de 1989 haya conseguido "producir" uniformación vertical en las cortes marciales. Eso no dice nada sobre la eficacia uniformadora -en sentido vertical- de la jurisprudencia de la Sala Penal. Pues no se trata, en realidad, de que la Corte Suprema consiguió hasta 1989 producir un efecto uniformador que la Sala Penal ya no pudo lograr con sus precedentes de 1998 en adelante, sino que lo relevante es que la justicia militar, primero con la aquiescencia de una Corte Suprema cercana a la cúpula político-militar de la Dictadura, y luego ya sin el apoyo de una Corte Suprema cada vez más cercana a los gobiernos civiles democráticos, mantuvo durante todos esos años una política jurisprudencial absolutamente *congruente* con las tesis de sus superiores militares, incluso en un contexto en que el poder civil combatía cada

vez con más fuerza esa tesis. Es por eso que la materia de este segundo precedente, es un caso bastante excepcional en relación con el estudio del fenómeno de la uniformación vertical de la jurisprudencia. Con todo, el estudio de la uniformación interna de la jurisprudencia a nivel de la Sala Penal, y otros aspectos vinculados con el comportamiento de los jueces de las cortes marciales que se examinarán a continuación, hacen a este caso de todos modos interesante para los objetivos de la investigación.

Volviendo a las decisiones de la Corte Marcial, en prácticamente todos estos casos de apelaciones en contra de los sobreseimientos por Amnistía, por lo menos en los primeros años, la Corte Marcial de Santiago se limita a confirmar los sobreseimientos apelados sin realizar fundamentación alguna de su decisión (las resoluciones son del siguiente tenor: "Vistos: Se confirma los sobreseimientos apelados de.... (fecha), escritos a fojas..."). Una excepción, en la que esta corte que sí fundamenta su decisión, la constituye su sentencia de 25 de abril de 2001, en cuyo considerando 7 se expresa "Que la exigencia de los artículos 279 bis y 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto disponen que la investigación debe ser agotada antes de dictar el sobreseimiento definitivo o temporal, debe entenderse en concordia y armonía con el artículo 107 del referido cuerpo legal, que dispone: "Antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio". "Relacionando entre sí estas disposiciones, cabe concluir que los jueces, frente a una posible causal de extinción de responsabilidad de aquellas mencionadas en el artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, deben agotar la investigación en orden a establecer plenamente los hechos y circunstancias que les permitan tenerla por configurada, pero una vez demostrada fehacientemente la existencia y procedencia de la correspondiente causal, no necesitan ya abundar en las indagaciones sumariales, pudiendo dictar el respectivo sobreseimiento definitivo".

Con todo es interesante notar que esta fundamentación de la Corte Marcial, que también se encuentra después en varias decisiones de los juzgados militares, está tomada en forma casi textual -aunque sin mencionarlo- del voto de minoría suscrito por el Ministro Bañados y el Auditor General Torres, en el fallo de casación emitido por la Sala Penal el 19 de noviembre de 1997, en causa Rol 2498-96, voto con el cual esos dos jueces se oponen al primer anticipo de la nueva doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema, que comenzará a exigir la determinación del cuerpo del delito y de la persona del delincuente, como condiciones previas para la aplicación de la Ley de Amnistía. Ese párrafo, en forma casi idéntica seguirá siendo empleado, después en solitario, por el Auditor Torres, en los votos de minoría que seguirá redactando en contra de los fallos que consolidan esta tesis en la Sala Penal. El hecho de que la Corte Marcial tome de ahí los argumentos de sus fallos "*no-congruentes*" con la Sala Penal, da cuenta de que en realidad, en ese mundo "paralelo" constituido por la justicia militar y sus actores, en esos años,

se produce un fenómeno de alta *congruencia* con la pirámide de su sistema de justicia paralelo -el Auditor Torres, quien, en aquella primera ocasión aparece acompañado por el Ministro Bañados-, o si se quiere, un fenómeno de clara "uniformación" de la doctrina, desde esa pirámide (en sus votos de minoría) hasta los peldaños inferiores, constituidos por las cortes marciales y los juzgados militares. Así, la *incongruencia* de la justicia militar frente a los fallos de mayoría de la Sala Penal, no necesariamente debe realmente entenderse como manifestación de un comportamiento puramente *preferencia!* de los jueces militares y miembros uniformados de la corte marcial, sino acaso en buena medida como expresión de una alta *congruencia*, que bien puede definirse en el campo de la justicia militar, como "obediencia", respecto de las doctrinas establecidas por su propia cúpula (el Auditor Torres, en sus votos de minoría); en este mundo paralelo, en realidad, el "mandante" encuentra inmediata receptividad en sus agentes.

Por otra parte, esto demuestra que las cortes marciales, al igual que los juzgados militares, conocen los fallos de la Sala Penal en los que se han pronunciado esos votos de minoría. Los juzgados militares, más aún, en ocasiones citan fallos de la Corte Suprema más antiguos, escogidos de forma selectiva e instrumental cuando ello es tácticamente conveniente para la tesis que defienden. Así, por ejemplo, el Segundo Juzgado Militar de Santiago, en fallo de 16 de marzo de 1999, invoca en el considerando 15 una sentencia de la Corte Suprema, de 1990, que resolvió la inaplicabilidad de los Convenios de Ginebra al periodo cubierto por la Ley de Amnistía "Que es del caso señalar, además, que la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de 24 de agosto de 1990, recaída en recurso de inaplicabilidad concluyó que el artículo 3º común de los Convenios de Ginebra no resulta aplicable al período que cubre el decreto Ley N° 2.191, de amnistía", pero no menciona el nuevo precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema, de 1998, que sí considera aplicables dichos Convenios: "en tales circunstancias omitir aplicar dichas disposiciones importa un error de derecho que debe ser corregido por la vía de este recurso, en especial si se tiene presente que de acuerdo a los principios del Derecho Internacional los Tratados Internacionales deben interpretarse y cumplirse de buena fe por los Estados".

Tampoco se menciona el precedente de la Sala Penal de 1998, en otro fallo del Segundo Juzgado Militar de Santiago, de 2 de diciembre de 1999, que sí invoca, en cambio, un fallo más antiguo de la Corte Suprema, de fecha 26 de octubre de 1995, partidario de la tesis que la justicia militar defiende.

Como se observa, por lo menos en estos casos, los tribunales inferiores de la justicia militar conocen la jurisprudencia de la Corte Suprema, y la utilizan instrumentalmente para apoyar sus interpretaciones, prescindiendo de otros precedentes del máximo tribunal posteriores al cambio de doctrina, sin hacerse cargo de esta en la fundamentación de sus decisiones.

En este contexto, llama especialmente la atención que incluso los ministros civiles

de la Corte marcial de Santiago que redactan votos de minoría oponiéndose a la confirmación del sobreseimiento definitivo por aplicación de la Ley de Amnistía tampoco se interesen en citar a su favor los nuevos precedentes que reflejan la doctrina realmente en vigor en la Sala Penal. Así, si en 13 de los 17 fallos de la Corte Marcial (todos a favor de la tesis 1, contraria al precedente), posteriores al precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema, del año 1998, algunos ministros civiles emiten un voto de minoría, ninguno de los disidentes cita, sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema en apoyo de su posición³⁴, a pesar de que las argumentaciones de los votos disidentes -por lo demás escuetas- coinciden en lo fundamental con la tesis de ese precedente de la Corte Suprema. Esta omisión, en el presente caso, no puede atribuirse a la ignorancia de la jurisprudencia de la Corte Suprema: los jueces disidentes conocían con toda seguridad la doctrina establecida en el precedente, como puede inferirse, no sólo de la enorme publicidad que los fallos de la Corte Suprema tienen en esa época en una materia tan sensible políticamente, sino ya del mero cotejo entre las argumentaciones de sus fallos y la del precedente, que guardan una notoria similitud.

El resultado de esta omisión-por parte de los disidentes- de citar una doctrina jurisprudencial consolidada, estable, del máximo tribunal, en asuntos de la máxima relevancia político jurídica, es que la oposición entre la jurisprudencia de la Corte Marcial y la posición de los disidentes aparece como un conflicto entre la mayoría del tribunal castrense y una minoría de ministros civiles, en circunstancias de que se trata de una discrepancia entre los precedentes sentados, reiteradamente, por la Corte Suprema, y la posición de un tribunal especial, como lo es la Corte Marcial. Al omitirse la cita de dichos precedentes no se devela la verdadera naturaleza y alcance de la discrepancia, sino que se la relega a la situación corriente de cualquier voto de minoría.

Precedente n° 3: Atenuante de irreprochable conducta anterior.

Resumen doctrina Sala Penal: corresponde aplicar la atenuante siempre que se acredite una conducta previa irreprochable del individuo en relación a las normas jurídico penales y no en relación a las normas éticas, morales o de tipo social, y tal irreprochabilidad deja de existir sólo en la medida que haya una sentencia condenatoria anterior. **Identificación del fallo fijador de doctrina:** 9 de marzo de 1998, recaído en un recurso de casación en el fondo, Rol: 3391-97

Uniformación de la jurisprudencia a nivel de las Cortes de apelaciones:

1) Uniformación producida a partir del precedente de la Sala Penal

Muestra de fallos, en el periodo de búsqueda: **abril-octubre 1999 y abril-octubre 2000**

Resultados:

A. La Serena

- N° de fallos encontrados: 6
 - N° de fallos que sólo hacen mención del extracto de filiación: 2
- a) 19 de abril de 1999.
b) 26 de abril de 2000.
- N° de fallos que aluden al extracto de filiación y a otros antecedentes de buena conducta: 4
- a) 22 de abril de 1999, rechazando la atenuante por la existencia de "detenciones anteriores" (no de condenas).
b) 26 de octubre de 1999.
c) 18 de abril de 2000.
d) 25 de abril de 2000.

B. Concepción

- N° de fallos encontrados: 5
- N° de fallos que sólo hacen mención al extracto de filiación: 0
- N° de fallos que aluden al extracto de filiación y a otros antecedentes de buena conducta: 5

C. Santiago

- N° de fallos encontrados: 4
 - N° de fallos que sólo hacen mención al extracto de filiación: 0
 - N° de fallos que aluden al extracto de filiación y a otros antecedentes de buena conducta: 4
- 2) Uniformación producida antes de la creación de Sala Penal, por la Corte Suprema. Precedente: fallo de la 3ª Sala de la Corte Suprema, de fecha 17 de enero de 1985, recaído en un recurso de casación en el fondo, Rol 23.553.

Doctrina: Determinados testimonios y la falta de anotaciones en el prontuario, mediante los cuales se dice acreditada la "irreprochable conducta anterior" del reo, resultan desvirtuados por antecedentes en que se hace constar que su mala conducta (por la cual el reo fue dado de baja de su cargo de detective).

Más en general, implícitamente este fallo adhiere a la doctrina que exige "algo más" que un extracto de filiación sin condenas, para conceder la atenuante de "irreprochable conducta anterior". Muestra de fallos, en el periodo de búsqueda: abril-octubre 1986 y abril-octubre 1987

Resultados:

A. La Serena

- N° de fallos encontrados: 4
- N° de fallos que sólo hacen mención al extracto de filiación: 0
- N° de fallos que aluden al extracto de filiación y a otros indicios de su buena conducta: 4

B. Concepción

- N° de fallos encontrados: 9
- N° de fallos que sólo hacen mención al extracto de filiación: 0
- N° de fallos que aluden al extracto de filiación y a otros indicios de su buena conducta: 9

C. Santiago

- N° de fallos encontrados: 11
- N° de fallos que sólo hacen mención al extracto de filiación: 0
- N° de fallos que aluden al extracto de filiación y la rectitud moral del imputado: 11

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala Penal, a nivel de las Cortes de Apelaciones, en esta materia

De la revisión de los fallos de Cortes de Apelaciones y las entrevistas a ministros de Cortes de Apelaciones y abogados resulta bastante claro que no se ha producido un efecto de umformación vertical de la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema, a nivel de las cortes de apelaciones, en materia de los requisitos de la atenuante de "irreprochable conducta anterior", asociado a la creación de esa Sala Penal. Con todo, eso tampoco significa, en caso alguno, que las cortes de apelaciones mantengan una doctrina uniforme *congruente* con la del "antiguo" precedente de la Corte Suprema, de 1986. Y si bien en el periodo de los dos años inmediatamente posteriores a ese precedente de 1986 las cortes de apelaciones aparentemente mantienen *congruencia* con esa doctrina, como se verá más abajo tampoco en este caso puede hablarse propiamente de un efecto de umformación vertical producido por la Corte Suprema, antes de la creación de la Sala Penal.

Los fallos de Cortes de Apelaciones, posteriores al precedente de la Sala Penal, de 1998, que admiten la atenuante con el sólo mérito del extracto de filiación en blanco son muy escasos. En la muestra sólo se encontraron dos, provenientes ambos de una sola de las tres cortes de apelaciones consultadas (fallos de la Corte de La Serena, de fecha 19 de abril de 1999 y de 26 de abril de 2000). Fuera del

período de búsqueda, también se encontraron unos pocos fallos emitidos por la Corte de Apelaciones de Santiago, que también reconocen la atenuante sólo con el extracto de filiación. En cambio, en la muestra resultante para el período de búsqueda, 4 de 6 fallos de la Corte de La Serena, 4 de 4 de la de Santiago, y 5 de 5 de la de Concepción, invocan, además del extracto de filiación sin anotaciones, otros antecedentes, como certificados (en el primero de los fallos citados), y principalmente declaraciones de testigos sobre la conducta anterior irreproachable de los condenados, a la hora de reconocer la atenuante de "irreproachable conducta".

Por cierto, una parte de la explicación de esta aparente falta de *receptividad* de las Cortes de Apelaciones a la nueva doctrina de la Sala penal de la Corte Suprema radica en que no es tan claro que haya existido realmente a partir de 1998 en esta materia una nueva doctrina uniforme en este tribunal, como se pudo apreciar en la sección anterior. En cualquier caso, el asunto de hecho parece haber sido oscuro para quienes supuestamente deberían ser influenciados por las nuevas doctrinas de la Sala Penal. Así, por ejemplo, un ministro de la Corte de Apelaciones de La Serena entrevistado, que sostuvo la tesis contraria a la del precedente de la Sala Penal en dos fallos de la muestra, derechamente afirma que no conoció la existencia de una definición de la Sala Penal de la Corte Suprema en esa materia

"No sabía... Pienso que no se tuvo conocimiento de esta definición, no se tuvo. Todo el mundo los había tenido (los testigos de conducta), entonces el resto pensó que era más completo, más firme, diría, era pedir las dos cosas (extracto de filiación y testigos), más seguro"

El entrevistado, de hecho, parecía estar dispuesto a haber expresado un comportamiento *receptivo* con esa nueva tesis de la Sala Penal, en una materia que no compromete sus convicciones personales; pero al no haber siquiera conocido esa doctrina, mal pudo producirse el efecto uniformador. Y, en esta materia, como se ha dicho, ello ya podría deberse a una cierta falta de consistencia de la Sala Penal con su propio precedente, por más que de ello no se encontró evidencia en los fallos de la Sala Penal del periodo investigado, sino sólo indicios en algunas entrevistas.

Ahora bien, ni siquiera es posible concluir que los pocos fallos de cortes de apelaciones hallados, que admiten la atenuante con el sólo mérito del extracto de filiación en blanco, sean realmente casos de *receptividad* con la doctrina del precedente de la Sala Penal, de 1998.

En realidad, esos fallos de las Cortes de Apelaciones referidos, que parecen coincidir con la posición del precedente de la Sala Penal, no lo citan y tampoco se hacen cargo del debate jurídico en torno del problema, esto es, si la "irreprochabilidad" de la conducta anterior del condenado está referida al conjunto de su comportamiento moral y social, o, por el contrario, como lo sostiene ese precedente, para la estimación de la atenuante examinada basta con que el

extracto de filiación no presente constancias condenatorias, porque lo socialmente relevante, para estos efectos, es "sólo aquello que es jurídicamente desaprobado". Los referidos fallos de Cortes de Apelaciones se limitan simplemente a reconocer la atenuante por el hecho de no presentar el extracto de filiación anotaciones penales anteriores.

Con ello, se plantea una duda básica sobre la cuestión de la congruencia con el precedente de la Sala Penal. Los fallos de las Cortes de Apelaciones aluden, por lo general -tanto los que se satisfacen con el extracto de filiación sin antecedentes penales, para dar por establecida la atenuante, como los que exigen, además, certificados o testimonios sobre la irreprochabilidad de la conducta- a que dicho extracto de filiación no presenta "anotaciones penales". Queda así la duda de si obstaría, en concepto de dichos tribunales, para el reconocimiento de la atenuante, que en el prontuario figuraran, por ejemplo, constancia de detenciones o autos de procesamiento que afectaran al condenado. Si así fuere, la posición de las Cortes referidas diferiría del precedente de la Sala penal, puesto que este es claro en señalar "que para la concurrencia de la atenuante basta con un extracto de filiación exento de **constancias condenatorias**".

De hecho, uno de los fallos de la muestra de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 22 de abril de 1999, que resolvió que "no corresponde... (beneficiar al imputado) con la atenuante prevista en el N° 6 del artículo 11 del Código Penal, puesto que (de) los diversos antecedentes agregados a estos autos.. .aparece que el encausado ha sido **detenido** en diversas oportunidades por ebriedad, pependencias, lesiones en agresión y violación de domicilio, circunstancias todas que impiden estimar que su conducta pretérita haya tenido un carácter de irreprochable". Pese a que el imputado no fue condenado por ninguno de esos delitos, la Corte mencionada -apartándose del precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema- niega la concurrencia de la atenuante de la irreprochable conducta anterior por el sólo hecho de haber sido detenido el imputado en diversas oportunidades³⁵.

Este fallo confirma la plausibilidad de la duda antes planteada respecto del alcance que las Cortes le asignan a la estandarizada fórmula "extracto de filiación sin anotaciones penales": si la que sugiere su tenor literal (constituyendo, por ende, anotación penal que obsta al reconocimiento de la atenuante, una detención, y con mayor razón un auto de procesamiento o, en el nuevo sistema, una acusación), o la exigencia-conforme con la presunción de inocencia-de que exista constancia de una **condena** anterior, como lo han precisado en algunas otras ocasiones, según se dijo, las propias Cortes, y, por cierto, el precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema. Sin resolver esa duda, no es posible afirmar "congruencia" con la doctrina del precedente, ni siquiera respecto de los pocos fallos de cortes de apelaciones que formalmente parecieran seguir la tesis del mismo, sin considerar encima, si en los casos en que pudiese comprobarse la "coincidencia" objetiva, ella responde a una aceptación de la doctrina del precedente de la Sala Penal, por parte las cortes de apelaciones, o a una mera coincidencia no buscada entre la

doctrina defendida por unas y otras, sin que se haya producido un efecto de uniformación vertical, o de auténtica *congruencia*.

Con respecto al precedente "antiguo" de la Corte Suprema, de 1986, si bien la totalidad de los fallos de cortes de apelaciones de la muestra correspondiente a los dos años siguientes, y muchos de los que, bastante tiempo más tarde, se encontraron en la muestra posterior a la creación de la sala penal, siguen aparentemente la doctrina de aquel viejo precedente, tampoco es posible hablar de uniformación en este caso.

Desde luego, no se trata de una "doctrina" jurisprudencial, toda vez que las decisiones no se encuentran fundamentadas: en efecto, la minorante en cuestión se acoge con la fórmula ritual, mecánica, que alude al prontuario exento de anotaciones penales y a declaraciones de testigos sobre la conducta anterior del imputado. Es decir, estamos frente a una "formalización" de la atenuante, fruto de una asentada práctica forense: por una parte, la defensa de los imputados, con el fin práctico de "asegurar" el reconocimiento de la atenuante (más allá de la discusión dogmática de si basta el extracto de filiación sin antecedentes) presenta testigos -y en otras ocasiones certificados diversos- para acreditar la irreprochable conducta anterior; y por la otra, los tribunales la dan por concurrente con la fórmula ritual antes señalada, sin hacer, por lo general (salvo en el caso, al que luego nos referiremos, en que se declara la atenuante como muy calificada) valoración alguna de dichos antecedentes (declaraciones de los testigos de conducta y certificados sobre la misma). Esta práctica forense procura ponerse a salvo de la posibilidad de que el tribunal siga la tesis -unánime en la Sala Penal desde su creación, en 1995, hasta la fecha del precedente, en 1998- de que no basta con el prontuario sin antecedentes, sino que es necesario acreditar la rectitud moral del imputado, exigencia que se da por satisfecha con la declaración de dos testigos de conducta.

En estas circunstancias, en realidad no se le presenta en la práctica al tribunal que conoce del caso, en forma clara, el problema sobre el cual versa la doctrina del precedente: puesto que se han presentado los testigos de conducta y, en algunos casos, certificados sobre ésta, y el prontuario no presenta anotaciones penales, se da por acreditada la atenuante. El problema se plantearía si no se presentaran los testigos de conducta: sólo en ese caso el tribunal se vería enfrentado al problema de decidir si basta con el extracto de filiación sin antecedentes o es necesario "algo más". Pero, como se ha insistido, no surge tal dilema, debido a la asentada práctica forense antes aludida³⁶. En consecuencia, se ignora, en verdad, cuál es la posición jurídica de las Cortes en los casos a los que nos venimos refiriendo y, por tanto, si acaso siguen o no (uniformación vertical) la doctrina de aquél viejo precedente.

En lo que respecta a la coherencia ("interna") de los jueces de las cortes de apelaciones con sus propias opiniones previas, uno de los fallos analizados más arriba (sentencia de apelación de la Corte de La Serena de 22 de abril de 1999),

que niega la atenuante a pesar de no haber condenas anteriores, podría aparecer como un caso de abierta autocontradicción, que por lo demás, en esta materia, también se daría en la Corte Suprema, por las alegadas razones de "justicia material"³⁷. En efecto, dos de los jueces suscriben el fallo (Juan Pedro Schertzer -redactor- y Jorge Zepeda), habían concurrido -junto con el abogado integrante Fernando Bustamante- a otro fallo, dictado tan sólo tres días antes (19 de abril de 1999), en el que se dio por acreditada la atenuante de la irreprochable conducta anterior del imputado, "Con el mérito de su prontuario exento de *anotaciones penales* anteriores". Sin embargo, esta aparente contradicción en verdad no existiría si los jueces le han asignado a la expresión "anotaciones penales" el sentido amplio que sugiere su tenor literal y no el más restringido y correcto de "condenas". De ser así, no habría contradicción: en un caso se negó la atenuante por existir dichas anotaciones (las diversas detenciones a que alude el fallo del 22 de abril de 1999); en el otro se la reconoció, por no existir, no sólo condenas anteriores, sino que tampoco anotaciones penales pretéritas de ningún tipo.

Precedente n° 4: Constitucionalidad del Art. 450, inc. 1º, del CP

Resumen doctrina Sala Penal: el Artículo 450, inciso 1º, del CP, que dispone que determinados delitos de robo se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa, no constituye una presunción de derecho de la responsabilidad penal, proscrita por el Art. 19, n° 3 de la Constitución, sino sólo una regla especial sobre la pena que debe imponerse en esos casos.

Identificación del fallo fijador de doctrina: 19 de julio de 2001, recaído en recurso de casación en el fondo, Rol 1610-01.

Uniformación de la jurisprudencia a nivel de las cortes de apelaciones:

1) Uniformación producida a partir del precedente de la Sala penal

Muestra de fallos, en el periodo de búsqueda: **abril-octubre 2002 y abril-octubre 2003**

Resultados:

A. La Serena

- N° de fallos encontrados: 0

B. Concepción

- N° de fallos encontrados: 1

a) 21 de abril de 2003. Aplica el artículo 450 inciso 1º, no refiriéndose al problema de su constitucionalidad.

C. Santiago

- N° de fallos encontrados: 9

a) 8 de abril de 2002. Art. 450 inc.1º no es contrario a la Constitución y debe ser aplicable.

b) 21 de octubre de 2002. Art. 450 inc.1º es contrario a la Constitución y no debe ser aplicado.

c) 3 de abril de 2003. Art. 450 inc. 1º es contrario a la Constitución y no debe ser aplicado.

d) 9 de abril de 2003. Art. 450 inc. 1º es contrario a la Constitución y no debe ser aplicado.

e) 11 de abril de 2003. Art. 450 inc. 1º es contrario a la Constitución y no debe ser aplicado.

f) 24 de abril de 2003. Art. 450 inc. 1º es contrario a la Constitución y no debe ser aplicado.

g) 30 de abril de 2003. Se aplica la regla del Art. 450 inc.1º.

h) 7 de octubre de 2003. Art. 450 inc. 1º es contrario a la Constitución y no debe ser aplicado.

i) 21 de octubre de 2003. Art. 450 inc. 1º es contrario a la Constitución y no debe ser aplicado.

2) Uniformación producida antes de la creación de Sala penal, por la Corte Suprema. El asunto no se presenta en forma previa a la creación de la Sala Penal.

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala Penal, a nivel de las Cortes de Apelaciones, en esta materia

El caso del Art. 450 del Código Penal es interesante desde varios puntos de vista. En primer lugar, porque en el caso de la Corte de Apelaciones de Concepción parece producirse, en una etapa previa a la emisión del precedente de la Sala Penal, un caso de uniformación horizontal de la jurisprudencia, en la medida que esta corte sigue expresamente las tesis desarrolladas por la corte de apelaciones de Santiago. En segundo lugar, porque respecto de la misma Corte de Concepción hay algunos indicios de que, tras un periodo de comportamiento *preferenciaí*, deliberadamente *no-congruente* con la doctrina de la Sala Penal, se puede haber producido a continuación un cierto efecto de uniformación vertical, si bien esta conclusión no es clara. En tercer lugar, porque en la Corte de Apelaciones de Santiago se da un caso claro de no-congruencia deliberada, y sostenida en el tiempo, con la doctrina de la Corte Suprema, con argumentos que aluden derechamente a una "ideología" contraria a la vinculación a los precedentes, que se aprecia en algunos de los ministros que mantienen su disidencia con la Sala

Penal. Todos estos fenómenos, por cierto, no se dan en cada uno de los ministros de esas cortes, pero sí en un número suficiente, como para que ciertas salas de ambas cortes de apelaciones emitan varios fallos en el sentido que se indica.

Respecto del primer fenómeno señalado, tres meses antes del precedente de la Sala penal de la Corte Suprema, en sentencia de 3 de abril de 2001 una de las salas de la Corte de Concepción resuelve no aplicar el Art. 450 del CP, por ser inconstitucional, por infringir el principio de tipicidad y porque, al castigar los robos tentados y frustrados como robos consumados, estaría presumiendo de derecho la responsabilidad penal. En apoyo de su decisión, esta corte cita dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 1 de junio y de 16 de julio, de 1999, apartándose así de la extendida práctica judicial chilena que más bien ignora la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, incluida la Corte Suprema, como se señaló en la sección anterior. Esta sentencia fue acordada con el voto en contra de uno de los ministros de la Sala, que se limita a citar el inciso 1º del art. 450 del CP, sin hacer argumentaciones de ningún género.

Dos semanas después, en fallo de 20 de abril de 2001, otra sala de la misma Corte de Concepción, -esta vez en forma unánime- reitera la misma posición, y vuelve a citar la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en abono de su resolución.

Esta actitud de (una parte de) la Corte de Concepción, puede considerarse un caso de uniformación horizontal (parcial), es decir, la que se da entre tribunales del mismo nivel, y se produce en relación con una tesis jurisprudencial que alcanzó, ya por ese tiempo, una cierta visibilidad, al punto de que un ministro de la Corte de Concepción entrevistado, identificaba claramente a los ministros de las cortes de San Miguel y de Santiago que sostenían con mayor insistencia, y con un cierto liderazgo intelectual, dicha tesis:

"...Sí, algunos ministros como Cerda y Muñoz han argumentado que (el Art. 450) infringiría la Constitución, porque sería una presunción de derecho de la responsabilidad penal..."

El entrevistado, sin embargo, al igual que otros ministros de la Corte de Concepción, no compartía esa postura. Ello explica que, a menos de una semana del fallo anterior, el 26 de abril de 2001, otra sala de la misma Corte declara aplicable el inciso 1º del art. 450 del CP. En efecto, haciéndose cargo la sentencia de una de las alegaciones de la defensa en el sentido de que se estaría en presencia de un delito frustrado de robo con violencia, señala que "aun en el evento de estimarse que no hubo en definitiva apropiación de ninguna suma de dinero, frustrándose el delito, la verdad es que por aplicación del artículo o 450, inciso 1º del Código Penal, siempre se tiene que sancionar el ilícito como consumado" (considerando 2º). Como se aprecia, la Corte se limita a invocar la disposición legal mencionada, sin hacerse cargo del debate sobre su

constitucionalidad, pese a que, como es razonable suponer, sus miembros deben haber estado enterados de lo resuelto, en sentido contrario, por otros miembros de la misma Corte, en fechas muy próximas en el tiempo.

Los ministros de la Corte de Apelaciones de Concepción partidarios de la tesis acuñada en la Corte de Santiago (y, aparentemente, también en la de San Miguel), insisten en mantener esta tesis, incluso después del precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema que acoge la tesis de la constitucionalidad del inciso 1º del Art. 450 del CP. Así, en sentencia de 25 de octubre de 2001, afirman nuevamente la no aplicabilidad del inciso 1º del art. 450 del CP, por ser inconstitucional, reproduciendo los mismos argumentos que en sus fallos anteriores. En esta ocasión, el ministro autor del voto disidente del fallo de 3 de abril de 2001 (Henríquez), cambia de postura y concurre al fallo unánime de la Corte. Es de suponer que los ministros autores del fallo, contrario al precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema, deben haber estado en conocimiento del mismo. Así lo sugerirían la preocupación de la Corte por el tema y su conocimiento de la jurisprudencia de la Corte de Santiago. De ser así, este fallo posterior al precedente expresa un comportamiento *clammentepreferencial*, de modo que el "seguimiento" que hacen de la doctrina de la Corte de Santiago no busca, en absoluto, asegurar una aplicación cierta e igualitaria del derecho en ambas jurisdicciones, sino que corresponde simplemente a las preferencias de esos ministros, que, en esta materia, coincide con la de los de la Corte de Santiago.

Con todo, una vez que los fallos de la Corte de Concepción comienzan a ser revocados por la propia Sala Penal, parece haberse producido un cambio, que sugiere un posible efecto de uniformación vertical, en una corte que, según alguno de sus ministros, tradicionalmente ha sido muy *congruente* -en su caso, *receptiva*- frente a las (en su caso, nuevas) jurisprudencias de la Corte Suprema:

"...generalmente se aplica y sigue lo que dice la Corte Suprema, sobre todo en la Corte de Apelaciones de Concepción, porque la Corte de Apelaciones de Concepción es una de las cortes mas tradicionalistas en cuanto a la jurisprudencia. No sé si será por la antigüedad, por los ministros, además han salido tres ministros de la Corte Suprema; incluso se le ha conocido como la "corte suprema chica"..."

Así, en el fallo de la Corte de Concepción de 21 de abril de 2003 se declara aplicable el inciso 1º del art. 450 del CP, sin otro argumento que la cita misma de esta disposición. En efecto, en el considerando 8º se señala "Que los sentenciadores concuerdan con la opinión de la Fiscal Judicial en orden a que el acusado, autor de un robo frustrado en lugar habitado, debe ser sancionado como autor del delito consumado por mandato del artículo 450 del Código Penal". El hecho de que no se cite allí la jurisprudencia, a esas alturas consolidada, de la Sala Penal de la Corte Suprema, sumado a que se trata de un solo fallo, de una de sus varias salas (con una integración diferente a las salas que se habían apartado de la tesis de la Sala Penal), hace dudar de la existencia de un cambio de opinión

general de la Corte, y del efecto que la jurisprudencia de la Corte Suprema haya tenido en la postura de los ministros de la Corte de Concepción.

Sin embargo, dos ministros de esta Corte entrevistados dan cierto sustento a la hipótesis de un cambio de postura, siquiera en algunos ministros, *receptivo* a la nueva jurisprudencia de la Sala Penal.

En efecto, uno de los entrevistados, cuestionado el año 2004 acerca de si se sigue en la

Corte de Concepción la tesis de la inconstitucionalidad del art. 450 del Código Penal, responde:

"...aquí no se sigue,... hubo dos fallos de una sala de esta Corte y en los dos el Fiscal de la Corte fue de casación, y la Suprema acogió la casación y dijo que estaba vigente, que no estaba derogado el artículo 450".

Otro ministro de la misma Corte, entrevistado en la misma época, ofrece una impresión muy parecida, pero aclara que la tesis mayoritaria, en la Corte de Concepción, siempre fue la de la constitucionalidad del inciso 1º del art. 450 del CP:

"...Aquí se tuvo un caso en que estuvieron con la posición del ministro de Santiago (Muñoz), pero fue una sola sala y (el asunto) fue a la Corte Suprema y la Corte Suprema revocó la situación; entonces, la Corte (de Concepción) con ese fallo ha seguido la doctrina, bueno y mayoritariamente; esto (la postura contraria) fue excepcional, porque aquí la mayoría de los ministros aplicaban, digamos, el 450, o sea se siguió la doctrina de la Corte Suprema".

En la Corte de Apelaciones de Santiago el comportamiento *no congruente* y *no receptivo* frente al precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema parece haber sido persistente, y se mantiene hasta la época de las entrevistas a sus ministros (año 2004). En efecto, con posterioridad al precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto (manteniendo su jurisprudencia anterior a dicho precedente), en forma abrumadoramente mayoritaria (10 fallos contra 3), en el sentido contrario al precedente sentado y consolidado por la Sala Penal de la Corte Suprema. Se trata de un comportamiento clara y "obstinadamente" *preferencia!*.

En sentencia de 1º de octubre de 2001 -a poco más de dos meses del precedente de la Sala Penal- la Corte de Apelaciones de Santiago (sin mencionar dicho precedente, pero manteniendo, podría decirse, un implícita polémica con él), persiste en su tesis de que el inciso 1º del art. 450 del CP es inaplicable debido a su inconstitucionalidad. El fallo es notable (se comparta o no su posición), dentro de nuestra práctica judicial, por el despliegue argumentativo con que se justifica la

afirmación de que la referida disposición es contraria al principio constitucional de reserva o legalidad de los delitos, así como a la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal. Explícitamente rechaza, en cambio, que la regla del inciso 1º del art. 450 del CP sea simplemente "una regla especial en torno a la sanción", refutando, sin citarla, una afirmación del precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema. Por otra parte, sin embargo, no se hace cargo el fallo de la réplica de la Corte Suprema en el sentido de que el inciso 1º del art. 450 del CP sí cumple con el principio de reserva legal, toda vez que la definición de la tentativa se encuentra establecida de modo general para todos los delitos en el art. 7º del CP, y resulta por lo tanto aplicable al robo con fuerza en lugar habitado y al robo con violencia o intimidación en las personas, sin que sea necesario, ni tenga sentido, exigir una definición propia y autónoma de tentativa para estos delitos para poder aplicar las correspondientes sanciones penales.

El fallo invoca, además, otros dos argumentos (que no han sido considerados en los fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema en los que se reitera el precedente sobre la aplicabilidad del inciso 1º del art. 450 el CP) en apoyo de su decisión: la igualdad ante la ley y la prohibición de afectar los derechos en su esencia.³⁸

La doctrina de esta sentencia, que se pronuncia por la inaplicabilidad de la citada disposición del Código Penal, es mantenido por la Corte de Santiago en los fallos de 26 de octubre (2 fallos) de 2001, 21 de octubre de 2002, 3 de abril de 2003 (con fundado voto disidente del ministro Ballesteros -que estuvo por darle estricta aplicación a la disposición del inciso 1º del art. 450 del CP-, el que no cita, sin embargo, en apoyo de su posición, el precedente sentado por la Sala Penal de la Corte Suprema, a esas alturas ya consolidado), 9 de abril de 2003, 11 de abril de 2003 (con voto disidente del ministro Ballesteros), 24 de abril de 2003 (con voto disidente del mismo ministro Ballesteros), 7 de octubre de 2003 (con voto disidente del ministro Madrid, que tampoco cita el precedente del máximo tribunal) y 21 de octubre de 2003.

Interesante es el comportamiento jurisprudencial del Ministro Silva Cancino, quien aparece fallando en los dos sentidos en el curso de un año. En efecto, el 8 de abril de 2002 concurre al fallo de mayoría que simplemente aplicó el inciso 1º del art. 450 del CP (sin referirse para nada al debate jurisprudencial sobre el tema), con el fundado voto en contra del ministro Jorge Dahm; y el 9 de abril de 2003 aparece, en cambio, como redactor del muy fundamentado fallo de la Corte de Santiago que declara inaplicable dicho precepto por ser contrario, en diversos sentidos, a la Constitución. En ambas fechas ya se encontraba consolidada la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema, por lo que podría especularse acerca de una cierta actitud *precedenciaí* de este ministro respecto de la Corte de Apelaciones en la que ejerce como juez, pero a costa de una manifiesta *no receptividad* respecto de la línea jurisprudencial de la Sala Penal, es decir, prefiriendo una especie de "lealtad horizontal" en lugar de la *congruencia* vertical que antes había manifestado. Otra opción, seguramente más plausible, es ver aquí simplemente un cambio de

preferencias, que el ministro Silva, sin expresarlo, intenta indirectamente justificar al asumir la redacción del fallo, con una fundamentación bastante más detenida y profunda que en del fallo anterior, apegado a la tesis contraria, al que simplemente concurrió.

La oposición de estos ministros de la Corte de Santiago a la tesis del precedente de la Corte Suprema no es casual, fruto del desconocimiento de la doctrina de este tribunal, sino que se ejerce con pleno conocimiento de causa, por más que ello no se exprese en las sentencias. Más aún, para alguno de los ministros se juega en ello una cuestión de convicciones personales y de coherencia con esas propias convicciones, frente a lo cual el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Suprema no tiene mayor valor. Un Ministro de esta Corte, al ser entrevistado sobre el asunto, expresa:

"¿Quién tiene la verdad, el juez de primera instancia o la Corte Suprema?, entonces, en general te lo respondo, en lo que pueda decir la Corte Suprema yo sé que me pueden cambiar la opinión, incluso te planteo un tema que a mí me atañe personalmente, la jurisprudencia que sostengo y que no voy a variar, (sobre) el artículo 450. No la variaré, aunque me la cambien, porque yo estoy convencido que así es..."

Haciendo excepción a esta mayoritaria posición jurisprudencial de la Corte de Santiago, que discrepa persistentemente del precedente establecido por la Corte Suprema, una sala de aquella Corte, en fallo de 10 de octubre de 2001 (posterior al precedente de la Sala penal, pero previo al periodo de búsqueda), confirma la sentencia de primera instancia que aplica la disposición del inciso 1º del art. 450 del CP. El fallo, de poco más de una línea, es del siguiente tenor: "Vistos: se confirma la sentencia de ocho de junio último, escrita a fojas 39 y siguientes". Como quiera que no se cita el precedente de la Corte Suprema (con el cual la decisión del fallo mencionado concuerda), no es posible saber si se trata de un comportamiento *precedenciaí* de los jueces, es decir, si acaso ellos deciden de esa forma (al menos en parte) porque es correcto seguir los precedentes. En todo caso, estos debieron estar informados del debate sobre la constitucionalidad de dicha disposición, toda vez que el fundado voto de minoría -del abogado integrante Domingo Hernández- aboga precisamente por la inaplicabilidad de esta última, por ser contraria a la Carta Fundamental y encontrarse derogada por ella, sin citar la jurisprudencia de la Sala Penal. El fallo confirma, así, el relativo desinterés de las cortes de apelaciones en citar en apoyo de sus decisiones la jurisprudencia de los tribunales superiores, incluida la de la Corte Suprema³⁹, aunque se trate de casos de la máxima relevancia jurídica, sobre los cuales existen encontradas interpretaciones jurisprudenciales.

En fallo de 8 de abril de 2002, la Corte de Santiago se limita nuevamente a confirmar la sentencia apelada que había aplicado la disposición del inciso 1º del art. 450 del CP, sin citar en apoyo de su decisión el precedente en el mismo

sentido de la Corte Suprema. Lo mismo que en el fallo citado de 10 de octubre de 2001 (dictado por otros ministros), existe en este un fundado voto de minoría que insiste en la tesis (mayoritaria en la Corte de Apelaciones de Santiago) de que el referido precepto del CP se encuentra derogado por la normativa constitucional, de rango superior y posterior en el tiempo. El debate sobre la constitucionalidad del inciso 1º del art. 450 del CP debió estar, por lo tanto, presente en la deliberación de los jueces, no obstante lo cual el precedente de la Sala Penal no aparece mencionado en el fallo de mayoría.

Finalmente, en fallo unánime de 30 de abril de 2003, otra sala de la Corte de Apelaciones de Santiago (integrada por dos ministros -distintos de los autores de los dos fallos de mayoría citados anteriormente- y un abogado integrante), también aplica sin más el art. 450 del CP, declarando "Que, en todo caso, para efectos de la pena que corresponde imponer a los procesados debe tenerse presente la regla especial contenida en el artículo 450 del Código Penal". No se da otra razón para la decisión que la sola referencia a esta última disposición, y tampoco se cita en su apoyo el precedente sentado por la Corte Suprema.

Considerando que estos fallos omiten toda referencia a la doctrina de la Corte Suprema e incluso al problema de la constitucionalidad o no del art. 450 del CP, no es posible afirmar categóricamente que esta tesis, minoritaria en el recuento de fallos emitidos por la Corte de Santiago sobre la materia (dentro de la muestra), sea realmente *receptiva* a la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema, por razones *precedenciales*, por más que "en lo dispositivo" sea coincidente con ella.

En cualquier caso, la sola consideración del número de fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago en uno y otro sentido sobre la aplicabilidad del inciso 1º del art. 450 del CP no es, en verdad, demostrativa del predicamento prevaleciente entre los miembros de dicho tribunal. En efecto, los fallos "disidentes" frente al precedente son claramente mayoritarios en comparación con los que resuelven de acuerdo con este último. Sin embargo, los ministros que concurren a esos fallos mayoritarios son sólo ocho, que se repiten en algunas de las ocasiones. Por otra parte, los ministros que mantienen la posición minoritaria dentro de dicha Corte de Apelaciones también son ocho (6 que concurren a los respectivos fallos minoritarios y dos que disienten de la posición mayoritaria). Empate perfecto. Sin embargo, con el cambio de postura del Ministro Silva Cancino, se produce una ligera ventaja de 8 votos contra 7 a favor de la tesis contraria al precedente de la Corte Suprema.

Precedente n° 5: Aplicación de la ley intermedia que no entró en vigencia

Resumen doctrina Sala Penal: en aplicación del Art. 18 del Código Penal y el artículo 19, n° 3, de la Constitución, la ley penal intermedia más favorable debe aplicarse desde el momento de su promulgación, aún si no llega a tener vigencia por estar sujeta a un período de vacancia y haber sido derogada antes del concluir

ese periodo.

Identificación del fallo fijador de doctrina: 22 de junio de 1998, recaído en recurso de casación en el fondo, Rol 1463-98.

Uniformación de la jurisprudencia a nivel de las Cortes de Apelaciones:

1) Uniformación producida a partir del precedente de la Sala Penal Muestra de fallos, en el periodo de búsqueda: **abril-octubre 1999 y abril-octubre 2000, extendido a abril y octubre de 2001 y 2002**⁴⁰

Resultados:

A. La Serena

- N° de fallos encontrados: 0

B. Concepción

- N° de fallos encontrados: 0

C. Santiago

- N° de fallos encontrados: 7
- N° de fallos que siguen explícitamente tesis de que ley intermedia promulgada se aplica aún antes de entrar en vigencia: 1
- N° de fallos que sin adherir claramente esa tesis, implícitamente la siguen, pues de hecho resuelven el caso en forma relativamente consistente con ella: 6
- N° de fallos que sostienen que ley intermedia promulgada no se aplica mientras no entre en vigencia: 0

- a) 28 de abril de 1999 (implícitamente sigue tesis del precedente)
- b) 16 de octubre de 2000 (implícitamente sigue tesis del precedente)
- c) 4 de abril de 2001 (sigue **explícitamente** tesis de que ley intermedia no vigente se aplica de todos modos)
- d) 18 de octubre de 2001 (implícitamente sigue tesis del precedente)
- e) 2 de abril de 2002 (implícitamente sigue tesis del precedente)
- f) 22 de octubre de 2002 (implícitamente sigue tesis del precedente)
- g) 22 de octubre de 2002 (implícitamente sigue tesis del precedente)

2) Uniformación producida antes de la creación de Sala penal, por la Corte Suprema. El asunto no se presenta en forma previa a la creación de la Sala Penal.

Análisis sobre efecto uniformador de creación de Sala penal, a nivel de las cortes de apelaciones, en esta materia.

En esta materia, a pesar de que los fallos de la muestra (todos de la Corte de Apelaciones de Santiago) parecieran querer disimular este hecho, las cortes parecen seguir (sin decirlo) el precedente de la Sala penal de la Corte Suprema.

De hecho, esto parece haber ocurrido incluso en una de las cortes en las que no se encontraron fallos en el periodo de búsqueda⁴¹. En efecto, según explica un ministro de la Corte de Concepción entrevistado, este asunto se planteó y, tras un periodo en que se discutió en la Corte acerca de cómo debía resolverse, fue en definitiva resuelto siguiendo el precedente de la Sala Penal:

"generalmente se resolvió de acuerdo con el artículo 18 del Código Penal; es decir, lo que le fuera más favorable (al condenado)... generalmente se sigue la doctrina de la Corte Suprema, o sea si se tiene conocimiento que la Corte Suprema ha fallado en cierto sentido, y sobre todo esto que es más beneficioso a la persona por la ley, entonces se aplica ésta; en un principio hubo discusión, pero después que la Corte Suprema dijo "es para mejor", se sigue la doctrina".

Por lo que respecta a la Corte de Apelaciones de Santiago, con posterioridad al precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema, de 22 de junio de 1998, aquella Corte ha fallado reiteradamente (en siete ocasiones durante el periodo de búsqueda) de modo relativamente consistente con aquel precedente, en la medida que aplicó la ley intermedia más favorable al imputado, ya desde el momento en que se encontraba promulgada, pero su vigencia diferida por decisión del propio legislador. Sin embargo, salvo, en un caso (que luego será analizado con mayor detención), la afirmación de un comportamiento *receptivo* por parte de esta Corte frente a la nueva doctrina de la Sala penal de la Corte Suprema debe inferirse de la persistencia de la Corte de Santiago en fallar así, pero no se deduce claramente de la fundamentación de sus decisiones, pues esta Corte omite expresar claramente que la aplicación de la ley más favorable, desde su promulgación, incluso viene obligada si dicha ley nunca llegó a entrar en vigencia, que es la verdadera singularidad del problema que vino a resolver el precedente. Además, los fallos de la Corte de Santiago omiten toda mención al precedente de la Sala Penal así como del hecho de que estén siguiéndolo, a pesar de que se trata de una tesis jurídica ampliamente consolidada. De hecho, la Sala Penal, como se explicó en la sección anterior, en esta materia, como en ningún otra, cita clara y singularizadamente sus propios precedentes, al resolver sobre el punto debatido, dándoles así el carácter de una auténtica doctrina jurisprudencial. Ahora bien, podría pensarse que quizás por esto mismo -por tratarse de un tema que se considera zanjado-, la Corte de Santiago no ha estimado necesario citar dicha jurisprudencia ni fundamentar mayormente decisiones que se tienen por obviamente correctas.

En fallo de 28 de abril de 1999, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió en el mismo sentido del precedente, fundamentando su decisión en base a "Que si se tiene en consideración que los artículos 19, N° 3º, inciso penúltimo de la Constitución Política y 18 del Código Penal establecen una norma que esta Corte estima en todo caso vinculatoria, puesto que recoge un principio universal del derecho punitivo, consistente en que en caso de advenir con posterioridad al hecho ilícito y con anterioridad a la sentencia de término que recae en el proceso correspondiente, una ley que establece una pena menos rigurosa que la vigente a la época de la conducta, la Corte no puede desatender el contenido de la Ley 19.450 que, promulgada como lo fue el 18 de marzo de 1996, ésta se hace plenamente aplicable a los giros dolosos de que se trata, cometidos en 1993 que, modificando los tramos del artículo 467 del Código Penal, penalizó con presidio menor en su grado mínimo el giro de un cheque cuyo monto supera las cinco y no rebasa las cien unidades tributarias mensuales, cuyo es exactamente el caso"⁴².

Como puede apreciarse, el fallo se limita a citar las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, sin hacerse cargo del problema, a saber, si la ley intermedia más favorable debe encontrarse vigente al momento del fallo o basta con que haya sido promulgada después de la comisión del delito y antes de la dictación de la sentencia de término, y sin citar la doctrina jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema.

En otros tres fallos, la Corte de Santiago invoca el mismo fundamento, absteniéndose asimismo de citar la jurisprudencia de la Sala Penal. Más aún, si bien en algunos fallos (de fechas 2 de abril y 22 de octubre de 2002) sigue empleando la expresión "promulgada" para referirse al estado de la Ley 19.450, lo que coincide literalmente con la exigencia constitucional, en otro (de 22 de octubre de 2002, ingreso N° 76.737-1999), impropriamente afirma "corresponde regularla pena que en definitiva se impondrá al encausado conforme al régimen que preveía la citada Ley 19.450, *por ser eña ja vigente a ja fecha de perpetración del ilícito* y establecer un tratamiento más benigno que el regulado por la ley posterior", siendo que precisamente la discusión se plantea porque esta Ley, pese a haber sido promulgada, nunca entró en vigencia (en los artículos que mejoran el tratamiento penal de los delitos a los que se refiere la causa).

En otros dos fallos de la Corte de Santiago, la fundamentación de su decisión de aplicar la ley intermedia más favorable que se encontraba sólo promulgada y que nunca llegó a tener vigencia, es más escueta aún que la que ofrecen los cuatros fallos antes referidos. En efecto, en aquellos existe lo que podríamos llamar una fundamentación "implícita", en la que se da todo por supuesto, y en que ni siquiera se menciona el término "promulgación". Así, en fallo de 16 de octubre de 2000, tras aludir a las modificaciones que operaron en el art. 467 del CP -que establece las penas de las estafas y otros engaños- las leyes 19.450 y 19.501, la Corte concluye, en el considerando 5º, "Que a efectos del quantum de la pena, debe tenerse presente lo que preceptúan los artículos 19, N° 3, inciso penúltimo de la Constitución Política y 18, inciso segundo del Código Penal, que obligan a

considerar la penalidad más benevolente, de cuantas advinieron para tales estafas entre la época de sus respectivas ocurrencias y la de la sentencia de término". Por su parte, en fallo de 18 de octubre de 2001, la misma Corte resuelve "Que la penalidad aplicable en el presente caso, debe someterse a la regla que contemplan los artículos 19, N° 3º, inciso penúltimo de la Constitución Política y 18, inciso segundo del Código Penal, toda vez que con posterioridad a la comisión de los ilícitos y antes de la sentencia de término, sobrevinieron nuevas legislaciones relativas al castigo del delito de giro doloso de cheques, a saber, las numeradas 19.450 y 19.451".

Como puede apreciarse, las sentencias citadas no se refieren para nada al problema que plantean las leyes intermedias más favorables que, como ocurre con la ley 19.450, fueron promulgadas después de cometido el delito, pero nunca llegaron a estar vigentes, por haber sido derogadas por otra ley (la 19.501) antes del pronunciamiento de la sentencia de término. En dichos fallos se emplean los términos "adviniere" y "sobreviniere", para referirse a la ley más favorable que estableció una pena menos rigurosa (ley 19.450), ley que sólo se encontraba promulgada y nunca llegó a tener vigencia, por haber sido sustituida por otra antes del plazo previsto para su entrada en vigor, cuestión que los fallos mencionados no abordan.

En un solo fallo (de 4 de abril de 2001), la Corte de Apelaciones de Santiago se hace cargo explícitamente del problema jurídico examinado, fundamentando adecuadamente su decisión. De hecho, la fundamentación de este fallo⁴³ reproduce, en términos casi idénticos un considerando empleado por la Sala Penal -20 días después de establecer precedente- en sentencia de casación de fecha 8 de julio de 1998 (Rol N° 1.901-98), pese a lo cual esta sentencia no es citada por el fallo de la Corte de Santiago.

El fallo de la Corte de Santiago que se comenta invoca un argumento adicional -no considerado en el precedente de la Corte Suprema- para justificar su decisión: la ley 19.450, más benigna para el imputado, "...representó claramente una manifestación de la voluntad soberana formulada por el legislador, en el sentido que los delitos sancionados con parámetros de equivalencia monetarios, en un momento determinado, estaban sancionados con penas excesivas". El argumento apunta a una de las razones que ofrece la doctrina para aplicar leyes intermedias más favorables desde el momento de su promulgación: el hecho mismo de la promulgación representa una nueva valoración social del ilícito y el reconocimiento de que el tratamiento penal anterior era inapropiado.

En conclusión este fallo de la Corte de Santiago puede considerarse *congruente* con la doctrina de la Sala penal de la Corte Suprema, aún cuando paradójicamente omitió citar un precedente de dicha Sala cuya redacción aparece reiterada en aquel fallo de la Corte de Concepción en forma casi textual, lo que excluye una simple coincidencia casual de pareceres. Lo anterior, sin embargo, no significa que

dichos jueces se hayan limitado a acatar el precedente, reproduciéndolo en la fundamentación de su decisión; claramente comparten, motu proprio, la misma doctrina de la Corte Suprema, lo que se revela en el hecho, ya enfatizado, de que aducen argumentos adicionales en justificación de su fallo.

2. Análisis global y visión de los protagonistas

La creación de la Sala Penal de la Corte Suprema en 1995, si bien logró uniformar algunas doctrinas jurisprudenciales a nivel interno, hasta el año 2002 produjo tan sólo modestos resultados de uniformación jurisprudencial a nivel de las cortes de apelaciones. Pero algunos resultados parece haber producido.

En relación con el primer precedente de la Sala Penal, que sostiene la no aplicabilidad del Art. 44 de la Ley de Cheques por su contradicción con la Constitución, hay indicios claros de que la doctrina de la Sala Penal fue seguida por las cortes de apelaciones, si bien en el caso puntual de la Corte de Punta Arenas ello sólo habría ocurrido tras dos o tres años de persistente y deliberada disidencia con la doctrina de aquel precedente; además, la uniformación vertical de la doctrina de la Corte Suprema, en esta materia, parece ser un logro que no se había alcanzado antes de la creación de la Sala Penal. El segundo precedente de la Sala Penal, sobre los requisitos para aplicar la Ley de Amnistía, no fue seguido por las cortes marciales, es decir no produjo uniformación vertical, si bien este fenómeno da cuenta de un problema muy particular, propio de la justicia militar, que constituye un verdadero sistema judicial paralelo, leal a una autoridad militar que tenía unos intereses muy específicos en materia de aplicación de la Ley de Amnistía, y que por ello no es extrapolable al caso de las cortes de apelaciones. El tercer precedente de la Sala Penal, sobre las condiciones necesarias para acoger la atenuante de "irreprochable conducta anterior", tampoco produjo uniformación vertical, si bien esta vez no es descartable -como se indicó en la sección anterior, al analizar la uniformación interna de la jurisprudencia a nivel de la Sala Penal- que ello se deba en parte a señales contradictorias que habrían provenido de la propia Sala penal de la Corte Suprema, a través de decisiones que habrían relativizado su propia doctrina en la materia. El cuarto precedente de este tribunal no arroja resultados concluyentes; en el caso de la Corte de Apelaciones de Concepción, aparentemente, tras un período de seguimiento "horizontal" de la doctrina disidente acuñada en algunas salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, su par de Concepción parece haber acogido mayoritariamente la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema, mientras que la mayoría de los ministros de la Corte de Santiago mayoritariamente insistió -a sabiendas- en su propia tesis. El quinto y último precedente de la Sala Penal estudiado, que hace aplicable la ley penal intermedia más favorable al condenado aún si tras su promulgación dicha ley nunca llega a entrar en vigencia, parece haber producido un efecto de uniformación vertical a nivel de las cortes de apelaciones, que es apreciable a pesar de la omisión de estas cortes de toda mención a dicho precedente.

Al examinar esos resultados resulta que la *congruencia y receptividad* de las cortes de apelaciones en relación con las doctrinas de la Sala Penal varía según la materia, de acuerdo con factores que no parecen claros y requieren un análisis.

Una posible explicación podría buscarse de la mano del principal factor que Spaeth y Segal (1999) asocian al comportamiento *preferencia!* de los jueces en su estudio sobre la actitud individual de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos frente a los precedentes, y que se refiere al grado de "saliencia" o importancia y visibilidad pública de la materia a decidir, lo que a su vez está asociado al hecho de que el precedente se haya pronunciado en un caso que constituyó un hito ("landmark"), como comenzó a ocurrir después de la segunda guerra mundial en Estados Unidos con las causas sobre libertades públicas que tenían base constitucional, y, antes de la esa época, con las causas relativas a asuntos económicos. De esos ejemplos que Spaeth y Segal utilizan se desprende -lo que, por lo demás, es de sentido común- que el comportamiento *preferencia!* y la "saliencia" de la materia históricamente se vincula a casos que involucran intereses colectivos sensibles o que apelan a las convicciones morales del público y de los jueces. Las materias que en Chile sean más "salientes" no necesariamente serán las mismas, pero la hipótesis de Spaeth y Segal puede aplicarse para intentar explicar la falta de vinculación al precedente como una actitud que se espera con mayor probabilidad en casos que en Chile constituyen hitos recaídos en materias que también involucran intereses colectivos sensibles o que tienden a apelar a las convicciones morales del público y de los jueces, como por ejemplo hoy en día sería el caso de las decisiones judiciales sobre la legalidad y constitucionalidad de la distribución de anticonceptivos de emergencia, cuyos posibles efectos abortivos son materia de debate.

Ahora bien, si se examina concretamente la actitud individual de los ministros de cortes de apelaciones chilenas frente a los precedentes de la Sala penal de la Corte Suprema incluidos en este estudio, y se comparan las pocas materias en que parece producirse un relativo efecto de *receptividad* (y comportamiento *precedencia!*) de los jueces (precedentes 1 y 5) con aquellas en las que este efecto no es apreciable (precedente 3) o en que incluso se produce una resistencia deliberada de los ministros de cortes de apelaciones o de cortes marciales a acoger la doctrina de la Sala Penal (precedentes 2 y 4), los resultados confirman sólo a medias las hipótesis de Spaeth y Segal (1999) relativas a los factores más asociados de un comportamiento *precedencia!* (en lugar de uno *preferencia!*), en su estudio sobre la Corte Suprema de Estados Unidos.

Las hipótesis de estos autores sí resultan confirmadas en el caso de los precedentes 2 y 4. El precedente 2 es un caso de alta "saliencia" por su carácter de "hito" en relación con una materia de la mayor importancia política en Chile, que apela a convicciones morales del público y de los jueces, que hace del todo esperable el elevado nivel de comportamiento *preferencia!* y la baja *receptividad* a la nueva jurisprudencia que ostentan las cortes marciales; el hecho que los ministros civiles, por su parte, en sus votos de minoría sigan la doctrina del

precedente de manera casi sistemática, también parece dar cuenta más de sus propias preferencias que de su intención de ser *receptivos* a los nuevos precedentes de la sala penal que ni siquiera mencionan, a pesar de que la mayoría de los integrantes de la corte marcial se apoya en jurisprudencia antigua más favorable a sus preferencias. El precedente 4 no tiene la misma "saliencia", pero aún así se refiere a un asunto directamente vinculado con convicciones morales de los jueces (más que del público), en la medida que afecta derechos constitucionales muy sensibles en materia penal: la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal como límite a la potestad punitiva del Estado; por eso también es esperable en este caso un cierto nivel de comportamiento *preferencial*, como efectivamente se da tanto en un buen número de ministros de la Corte de Concepción⁴⁴ y en la mayoría de los ministros de la Corte de Santiago.

En cambio, el precedente 3 no reúne las características que harían esperable un comportamiento *preferencial* (no es "saliente", no se refiere a materias relevantes y sensibles para el público o que apelen a convicciones morales), y de todos modos se aprecia respecto de él -aparentemente- un alto nivel de comportamiento de ese tipo. Sin embargo, el hecho de que algunos ministros manifiesten no haber conocido en forma clara la doctrina de la Sala Penal y que, en su momento, algunos entrevistados de hecho hayan planteado dudas acerca de si realmente esa doctrina era uniforme, obliga a evitar cualquier conclusión definitiva acerca de que estemos asistiendo aquí a un auténtico caso de comportamiento *preferencial*!

La situación de los precedentes 1 y 5, que parecen haber producido uniformación vertical y comportamientos *receptivos* en las Cortes de Apelaciones, no es fácilmente explicable de la mano de las hipótesis de Spaeth y Segal. El precedente 1 reúne ciertas condiciones de "saliencia": afecta a una institución de uso muy común en el tráfico jurídico y comercial -el cheque y su protección penal- con alta incidencia en la libertad ambulatoria de las personas que emplean cheques y tienen, por ello, implicancias de orden constitucional que apelan a convicciones "morales" de los jueces sobre los límites que el poder penal del estado tiene frente a los intereses económicos asociados a la protección penal del cheque; por todo ello en esta materia podría esperarse un mayor nivel de comportamiento *preferencial*! y, por ello, una menor *receptividad* a la nueva jurisprudencia. Algo similar podría decirse del precedente 5.

La explicación, entonces, del comportamiento aparentemente *precedencia*! -y *congruente*- de los jueces de cortes de apelaciones en relación con los precedentes 1 y 5 requiere otras consideraciones. Por supuesto, una explicación posible hay que buscarla en un dato básico que diferencia este caso (como a todos los casos de uniformación vertical) de los que Spaeth y Segal (1999): ahora se trata de examinar la actitud de jueces inferiores frente a los precedentes de tribunales superiores, y no en cambio de la actitud de los jueces de la Corte Suprema en relación con sus propios precedentes. Entonces, el modelo de análisis que sería más apropiado utilizar es uno que intente explicar cuándo, bajo qué condiciones, los jueces inferiores tienden a seguir los precedentes de los tribunales superiores,

incluso si son contrarios a sus propias preferencias. La teoría de la relación "mandante-agente" empleada por Songer, Segal y Cameron (1994) sería una mucho más apropiada para intentar esa explicación.

Efectivamente, de la mano de esa teoría es posible arrojar algo de luz sobre estos resultados. Pero para ello hay que explicar también por qué el mandante (la Sala Penal de la Corte Suprema) fue "exitoso" produciendo un efecto de *receptividad* en las Cortes de Apelaciones en relación con estos precedentes (el 1 y el 5), y no en cambio, en relación con los precedentes 2 y 4.

Concretamente, una explicación plausible sería que los precedentes de la Sala Penal, en los pocos casos en que expresan una doctrina clara y visible, que llega a conocimiento de las cortes de apelaciones, generan un cierto nivel de presión en los "agentes" -las Cortes de Apelaciones- para que éstos actúen en forma receptiva a esas nuevas doctrinas. Esa presión se produce en forma más bien indirecta, por medios institucionales de que dispone la Corte Suprema para "premiar" o "castigar" (Songer, Segal y Cameron, 1994:674), como por ejemplo, la jurisdicción disciplinaria y el control de los ascensos en la carrera judicial. Dos ministros de cortes de apelaciones (entre otros) reconocen este efecto, en particular de la jurisdicción disciplinaria de la Corte Suprema, de la siguiente manera:

"Yo trato que no (produzcan un efecto inhibitorio en sus decisiones las potestades disciplinarias de la Corte Suprema), pero no podría decir que nunca jamás" (ministro de Corte de Apelaciones de Santiago)

"Sí, se inhibe (el juez, al emitir fallos, frente al riesgo de sanción disciplinaria). Nosotros tenemos especial cuidado, en las causas en que el único recurso que posee (la parte perjudicada) es la queja (disciplinaria), de averiguar cuáles son los criterios sobre las materias de la Corte Suprema, no nos arriesgamos a una sanción disciplinaria por dar la contra a la Corte Suprema" (ministro de Corte de Apelaciones de Concepción)

Esos medios institucionales, sin embargo, tienen una eficacia limitada. Si bien el análisis de las condiciones culturales y estructurales que impiden alcanzar mayor uniformación vertical será materia de otro trabajo, en el marco de esta investigación, es posible señalar que, específicamente la jurisdicción disciplinaria con que cuenta la Corte Suprema para demandar *receptividad* de los jueces, aparte de sus serios déficit de legitimidad al interior del Poder Judicial -donde se les ve como una intolerable violación de la independencia de los jueces-, es de todos modos de una eficacia sólo limitada, en primer lugar, porque es ejercida no por la Sala penal (el "mandante") sino por el tribunal pleno de la Corte Suprema y el recurso que hace posible su aplicación -el de queja- no es, por lo demás la vía más común de reclamación en contra del fallo que se aparta del precedente en aquellas causas en que hay otros recursos disponibles (como el de nulidad); y, en segundo lugar, porque el propio pleno de la Corte Suprema promueve una

doctrina de la "independencia" de los tribunales inferiores frente a las doctrinas jurisprudenciales de la Corte Suprema⁴⁵, por más que en no pocas ocasiones -si bien de manera no sistemática, sino más bien impredecible- ejerza la jurisdicción disciplinaria, o las facultades de decidir o impedir "ascensos" en la carrera judicial, para "castigar" indirectamente tesis que van demasiado "contra la corriente" o que son demasiado "creativos", como lo expresa un juez:

".. (el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria por parte de la Corte Suprema) inhibe a los jueces creativos, que no son obedientes. Además el más obediente tiene mayores posibilidades de llegar a la Suprema, si no te peleas con nadie" (ministro de corte de apelaciones)

Pero de hecho, dada la eficacia tan sólo limitada de este sistema de "premios y castigos", en casos de precedentes recaídos en materias "salientes" o que específicamente apelan a convicciones morales de los jueces de cortes de apelaciones, un grupo apreciable de estos ministros parece no experimentar una presión tal que les impida actuar en forma *preferencia!*. Un ministro de corte de apelaciones, por ello, juzga con severidad la actitud de quienes (¿la mayoría?), por esas presiones, abandonan su conciencia y siguen una doctrina de la Sala Penal en la que "no creen", actitud que este juez califica de "servilismo". En cualquier caso, este espacio más o menos amplio que, de hecho, queda para disentir de la doctrina de la Corte Suprema permite explicar el comportamiento individual de los jueces de las cortes de apelaciones frente a los precedentes de aquella, siquiera parcialmente, de la mano de los factores del comportamiento *preferencia!* estudiados por Spaeth y Segal (1999).

Una serie de opiniones de diversos ministros de cortes de apelaciones, reproducidas a continuación, apelan a este ethos de "independencia judicial" para justificar una actitud *preferencia!*:

- "para mí el fallo tendrá valor si me convence. Más que fijar doctrina, son relevantes para que el juez se convenza."

- "tampoco debo inclinarme a la visión de un tribunal superior si no tengo el convencimiento de ello"

- "En el contexto constitucional una de las garantías fundamentales para las partes es tener la certeza de litigar frente a un tribunal imparcial e independiente y que no reciba dictámenes más que de los delgados de la Constitución y la ley. En la medida en que se mantenga esta garantía, espero que ningún juez en Chile se incline por un argumento de autoridad. El antecedente de que la Corte Suprema haya fallado en cierto sentido, para mí no es válido como argumento jurídico; si me dicen cuál es el fundamento que ha tenido la Corte Suprema para resolver, es el fundamento. Rara vez se esgrime el fundamento, lo que se esgrime es la decisión... Así estimo que operan los jueces (con independencia), no se dejan

llevar por lo que la Corte Suprema diga sobre un tema determinado, no lo voy a seguir si no me convence. Yo he mantenido mi jurisprudencia, en sentido contrario a la Corte Suprema".

Pero, si lo recién expuesto es cierto, es decir, si en los casos con mayor "saliencia" y que apelan a convicciones morales de los jueces, éstos en buena medida se permiten un comportamiento *preferencia!*, entonces ¿por qué se aprecia *receptividad* tan amplia de las cortes de apelaciones en el caso de los precedentes 1 y, sobre todo, 5, que también son "salientes" o apelan a las convicciones morales de los jueces?

La explicación podría encontrarse en una peculiaridad de estos precedentes, que parece hacer una diferencia en la cultura judicial chilena: en estos casos el nuevo precedente de la Sala Penal es "pro-reo", y en este tipo de casos los jueces parecen estar más dispuestos a abandonar viejas tesis y prácticas más "punitivas" o "autoritarias", acogiendo las nuevas tesis "garantistas" de la Corte Suprema. En cambio, el resultado tiende a ser el opuesto cuando se trata de oponer sus convicciones "libertarias" o "garantistas" frente a las tesis más "punitivas" de la Corte Suprema. El "ethos" liberal del principio "pro reo", a fin de cuentas, parece hacer más probable el comportamiento preferencial cuando se trata de favorecer al reo, que cuando se trata de perjudicarlo; sólo en el primer caso se presentan casos claros de comportamiento *preferencia!* inspirado en convicciones morales de los jueces. Un ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción ilustró muy claramente esta peculiaridad de la cultura judicial chilena, como se pudo apreciar más arriba, a propósito del seguimiento que este tribunal hizo del precedente 5:

"generalmente se resolvió de acuerdo con el artículo 18 del Código Penal; es decir, lo que le fuera más favorable (al condenado)... generalmente se sigue la doctrina de la Corte Suprema, o sea si se tiene conocimiento que la Corte Suprema ha fallado en cierto sentido, y sobre todo esto que es más beneficioso a la persona por la ley...".

Fuera del caso de los cinco precedentes estudiados, las entrevistas a abogados penalistas aportan una perspectiva especialmente crítica sobre la cuestión de la uniformación vertical de la jurisprudencia de la Sala Penal, a nivel de las cortes de apelaciones. Esa perspectiva da cuenta de un efecto prácticamente nulo en este sentido, pero que parece derivar más bien del relativo fracaso de la Sala Penal en emitir doctrinas claras y/o visibles (conocidas) o la falta de interés o de capacidad de los ministros de cortes de apelaciones para estudiar esas doctrinas, que de una hipotética actitud *preferencia!* sostenida de los ministros de Corte de Apelaciones.

Así, para un conocido y muy influyente y prestigioso abogado penalista y profesor de Derecho Penal:

"el impacto de la jurisprudencia de la (penal) Corte Suprema es prácticamente

inexistente, salvo en alguna materia en que la Sala Penal tiene jurisprudencia reiterada" Otro importante penalista y profesor de Derecho Penal explica que

"Hay Ministros que son más estudiosos que otros y que lo hacen (estudiar la jurisprudencia de la Corte Suprema), pero otros no. Hay tantas Cortes como salas, los criterios son muy amplios y diferentes entre una y otra sala; los criterios son muy variados. Son pocos los Ministros estudiosos."

Así, según estas impresiones, las declaraciones de los ministros de cortes de apelaciones acerca de la prioridad de su "independencia" estarían ofreciendo un cuadro distorsionado de la realidad de la relación que ellos tienen con la jurisprudencia de la Sala Penal. Pues, en la mayoría de los casos, los jueces de cortes de apelaciones más bien serían ignorantes de esa jurisprudencia que independientes frente a ella. Las mismas deficiencias de esa jurisprudencia ya a nivel de la Sala Penal, que no ha alcanzado la claridad y uniformidad interna necesaria para ser reconocida, en parte explicarían la ignorancia a nivel de las cortes de apelaciones. Pero la otra parte de la explicación radicaría sencillamente en la falta de interés, tiempo o hábito, a nivel de los ministros de corte, para estudiar esas doctrinas. A este respecto, puede recordarse la transparencia con que un ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción admite que el mayor esfuerzo invertido en el examen de si acaso la Corte Suprema tiene jurisprudencia sobre una materia tiene directa relación con el riesgo de una sanción disciplinaria, que se da especialmente cuando el único recurso disponible es el de queja ("Nosotros tenemos especial cuidado, en las causas en que el único recurso que posee es la queja, de averiguar cuáles son los criterios sobre las materias de la Corte Suprema).

Para complementar este panorama sobre el grado de uniformación vertical producido por la jurisprudencia de la Sala Penal a nivel de las cortes de apelaciones, es interesante señalar que, con posterioridad al periodo de investigación abarcado por este estudio, y sobre todo en materias vinculadas con la organización de la reforma procesal penal⁴⁶, parece aumentar el número de decisiones de la Sala Penal Corte Suprema que alcanzan mayor visibilidad a nivel de las cortes de apelaciones y que generan en ellas un comportamiento *receptivo*. En estas materias, indispensables para el correcto funcionamiento de una reforma en la que se juega el prestigio del Poder Judicial, los jueces parecen conocer más oportunamente las decisiones de la Sala Penal y se muestran más dispuestos a seguir esas "doctrinas". Estas doctrinas, en todo caso, mayoritariamente se refieren a cuestiones más bien prácticas, que no involucran opiniones sobre asuntos "dogmáticos", menos aún sobre dogmática penal sustantiva. En relación con esas materias vinculadas al funcionamiento de la reforma procesal penal, varios jueces consideran que sí debería haber una cierta vinculación de los jueces inferiores a las "directrices" impartidas por la Corte Suprema.

De hecho, un Ministro de la Corte Suprema, que defiende una actitud flexible frente a los precedentes para hacer "justicia material", admite que:

"Cuando se trata de la reforma procesal penal yo insisto en que la Corte Suprema debe dar bases, y eso es viable sin lesionar la libertad de los jueces".

Otro ministro de la Sala Penal de la Corte Suprema, de acuerdo con esa tesis, entiende que hay razones especiales en este caso, para la vinculación de los precedentes de ese tribunal en temas de reforma procesal penal:

"Pienso que sería razonable, parecería que la ley allí desea que la Corte Suprema resuelva el problema, y se deduce un poco de lo que fueron las discusiones en el parlamento, no sé si en relación a ese punto, pero cuando se observaba que había cierta laguna en el Código Procesal Penal que estaban quedando ciertas cosas sin resolver, bueno se decía que lo resolvería la jurisprudencia, ¿qué quiere decir eso?, o sea, si se pensaba que la jurisprudencia debía cerrar estas lagunas de manera vinculatoria o que debíamos cerrar aquellas lagunas en base a nuestra autoridad, que en fin de cuentas no es tanta, autoridad moral o intelectual."

El caso parece ser, como se dijo, que los ministros de cortes de apelaciones serían de hecho más *receptivos* (acaso, ya por el simple hecho de que llegan a conocerla) a la jurisprudencia de la Sala Penal en temas relacionados con la reforma procesal penal, si bien, como algunos ministros argumentan, a este respecto tampoco se aprecia siempre uniformidad interna a nivel de la Sala Penal, sino frecuentes cambios de postura. Además, en ocasiones, incluso respecto de doctrinas relativamente uniformes a nivel de la Sala Penal en este tipo de materias, como la conocida cuestión sobre cuál es la pena máxima aplicable en procedimientos simplificados (en relación con Art. 395 del Código Procesal Penal), algunas salas de cortes de apelaciones derechamente han mostrado un comportamiento *no receptivo*.

En todo caso, esta relativa mayor *receptividad* de las cortes de apelaciones producida en materias de la reforma procesal penal, pareciera también extenderse a algunas materias penales sustantivas que, sin embargo, tienen implicancias prácticas en el funcionamiento de la reforma procesal penal, como por ejemplo el debatido asunto de la punibilidad de las tentativas de hurto de objetos cuyo valor es tan bajo que no constituyen un simple delito sino tan sólo una falta, que fue resuelto por la Sala Penal en forma más o menos clara, afirmando que estos hechos no son punibles en el ordenamiento jurídico chileno. Un ministro de la Corte de Apelaciones de La Serena, preguntado sobre si acaso experimentan esas decisiones como vinculantes, responde

"Bueno, uno generalmente acepta las tesis de la Suprema, en general, no siempre ... (se las acepta) porque ... hay temas que pueden ir para un lado y el otro y uno que no es, como le explicara, uno está de acuerdo con lo que definió la Suprema, por ejemplo, en eso del hurto frustrado, yo estaba por la tesis que después sustentó la Suprema, había otro Ministro que no... pero (después de la

decisión de la Sala Penal todos) sienten que es mejor cerrar el asunto.

¿Refleja ello un aumento apreciable en la capacidad de la Sala Penal para producir uniformación vertical a nivel de las Cortes de Apelaciones, con posterioridad al periodo examinado por este estudio?

Las señales captadas en las entrevistas no son suficientes para un juicio categórico. Algunos nuevos factores estructurales, con todo, aparecidos fuera de la Corte Suprema, debieran hacer esperar una mayor uniformación. Si bien, estos factores, como se dijo, serán materia de otro trabajo producido en el marco de esta investigación, es posible adelantar que la creación de dos nuevos litigantes institucionales -Ministerio Público y Defensoría Penal Pública- con enormes recursos para conocer y sistematizar la jurisprudencia de la Sala Penal, e invocarla en su favor cada vez que un tribunal de instancia o una corte de apelaciones la desconozca, genera condiciones nuevas y poderosas a favor de una mayor visibilidad de esa jurisprudencia y, por ende, un mayor conocimiento de la misma por parte de las cortes de apelaciones. A su vez, el papel de estos litigantes dando la "alarma de fuego" en casos de decisiones que se aparten de los precedentes de la Sala Penal, por medio del empleo sistemático de los medios de impugnación de que disponen para ello (el recurso de nulidad, fundamentalmente), para lo cual cuentan con recursos sin precedentes, tarde o temprano necesariamente generaría mayor *receptividad* de las cortes de apelaciones a las doctrinas de esos precedentes (Songer, Segal y Cameron, 1994:693), salvo en los pocos casos en que un comportamiento *preferencia!*, basado en profundas convicciones morales de ciertos jueces, se mantenga a pesar del natural desincentivo producido por la reiterada y sistemática revocación de sus decisiones disidentes, que en ese escenario es esperable a nivel de la Sala Penal.

Referencias Bibliográficas

Alexy, Robert / Dreier, Ralf (1997), "Precedent in the Federal Republic of Germany", en MacCormick / Summers (Eds.), *Interpreting Precedentes. A comparative Study*, Ashgate/ Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sidney.

Bankowski, Zenon / MacCormick, Neil / Marshall, Geoffrey (1997), "Precedent in the United Kingdom", en MacCormick / Summers (Eds.), *Interpreting Precedentes. A comparative Study*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sidney. (cit. Bankowski et al, 1997a)

Bankowski, Zenon / MacCormick, Neil / Morawski, Lech / Ruiz Miguel, Alfonso (1997), "Rationales for Precedent", en MacCormick / Summers (Eds.), *Interpreting Precedentes. A comparative Study*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sidney. (cit. Bankowski et al, 1997b)

Bascuñán R., Antonio (2001), "¿Aplicación de Leyes Penales que carecen de

vigencia?, en Revista del Abogado, N° 22, julio de 2001 (versión online consultada en http://www.colegioabogados.cl/revista/22/articulo_3.htm).

Couso Salas, Jaime (2006), "El uso de precedentes en materia penal: retórica y realidad en perspectiva", en Revista General de Derecho Penal (www.iustel.com, RGDP), N° 5, mayo de 2006.

Couso Salas, Jaime (2007), "El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: anatomía de un fracaso", artículo en edición.

Etcheberry, Alfredo (1987), El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Kaplan, John / Weisberg, Robert / Binder, Guyora (2000), Criminal Law. Cases and Materials, Aspen, New York. (cit. Kaplan et al)

MacCormick, Neil / Summers, Robert (Eds.) (1997), Interpreting Precedentes. A comparative Study, Ashgate/Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sidney

Mera Figueroa, Jorge (2005), "La Corte Suprema y el establecimiento de precedentes en materia penal", artículo inédito presentado a discusión en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile (posteriormente incluido como estudio preliminar en Mera y Castro, 2007).

Mera Figueroa, Jorge y Castro Morales, Alvaro (2007), Jurisprudencia penal de la Corte Suprema, LexisNexis, Santiago, Chile.

Peczenik, Alexander (1997), "The Binding Force of Precedent", en MacCormick / Summers (Eds.), Interpreting Precedentes. A comparative Study, Ashgate/ Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sidney.

Ruiz Miguel, Alfonso / Laporta, Francisco J. (1997), "Precedent in Spain", en MacCormick / Summers (Eds.), Interpreting Precedentes. A comparative Study, Ashgate/ Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sidney.

Songer, Donald / Segal, Jeffrey / Cameron, Charles (1994), "The Hierarchy of Justice: Testing a Principal-Agent Model of Supreme Court - Circuit Court Interactions", American Journal of Political Science, Vol. 38, N° 3 (Aug. 1994), pp. 673-696. (cit. Songer et al)

Spaeth, Harold / Segal, Jeffrey (1999), Majority Rule or Minority Will. Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court, Cambridge University Press, Cambridge.

Summers, Robert (1997), "Precedent in the United States (New York State)", en

MacCormick / Summers (Eds.), *Interpreting Precedents. A comparative Study*, Ashgate/ Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sidney.

Taruffo, Michele (1997), "Institutional Factors Influencing Precedents", en MacCormick / Summers (Eds.), *Interpreting Precedents. A comparative Study*, Ashgate/ Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sidney.

Este trabajo fue elaborado en el marco Proyecto de Investigación "Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema", con el apoyo del Fondo Nacional de Investigación en Ciencia y Tecnología, de Chile (Proyecto N.º 1030167), dirigido por Jaime Couso y desarrollado conjuntamente con Jorge Mera.

Los autores agradecen la inestimable colaboración del Profesor Alvaro Castro, quien se desempeñó como investigador asistente de este Proyecto.

Artículo recibido con fecha 17 de abril de 2007 y aprobado con fecha 14 de mayo de 2007.

¹ Doctrina expresada en el Acuerdo del Pleno de la Corte Suprema -con el voto en contra de tres de sus miembros-de 19 de julio de 2002, adoptado a raíz de la remisión de los antecedentes que la 2ª Sala (Sala Penal) de la Corte hizo al Tribunal Pleno (para que éste decidiera sobre eventuales sanciones disciplinarias), informando que distintos juzgados de garantía habían persistido en dar al artículo 395 del CPP una interpretación diferente a la efectuada por dicha Sala en la decisión sobre los correspondientes recursos de nulidad. El Tribunal Pleno resolvió "que no corresponde dar instrucciones ni adoptar decisiones respecto de aquellos juzgados, en cuanto a los criterios para decidir las aludidas cuestiones, en atención a que conforme al artículo 3º del Código Civil sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente imperativo, y las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, y este precepto de carácter general no se encuentra modificado ni derogado por disposición alguna del Código Procesal Penal". El Tribunal Pleno invoca, además, para fundamentar su decisión, "la independencia de los jueces", "al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior".

² Este apartado reproduce en forma resumida y fragmentaria ideas desarrolladas con mayor detalle en el estudio realizado por Couso (2006: 5 y ss.).

³ Como el anterior, este apartado resume ideas desarrolladas con mayor detalle por Couso (2006: 18 y ss.).

⁴ Los autores denominan así a la Corte presidida por el Juez Stone, entre 1941 y 1946, respecto de la cual todos sus miembros con una sola excepción fueron designados por el presidente Franklin Roosevelt (Ibid.: 138).

⁵ Con esa expresión, Taruffo caracteriza el propósito de una Corte Suprema de querer fijar doctrinas que hayan de regir la resolución del asunto en el futuro. Concentrándose en las funciones asignadas a las Cortes Supremas, este señala que es determinante si acaso la Corte tiene una "orientación prospectiva" o una "retrospectiva" (Taruffo, 1997: 444). La primera determina que la decisión de un caso pueda convertirse en un precedente, y requiere que la Corte Suprema, al resolverlo, "mire hacia el futuro, hacia los próximos casos que se refieran a asuntos idénticos o similares, y tenga la intención de guiar o determinar su decisión" (ibid.). Véase, a este respecto, Couso (2007).

⁶ Los fallos que sostienen esta variante de la tesis 2, no necesariamente se pronuncian expresamente sobre esta segunda cuestión; sin embargo, del hecho de que confirmen el sobreseimiento definitivo por prescripción, en contra de la opción minoritaria que defiende expresamente la tesis 2b, se desprende claramente que la mayoría descartó, en la deliberación de la causa, que la indeterminación de la persona del delincuente fuese un obstáculo para aplicar el sobreseimiento por prescripción.

⁷ Este fallo se trata de un caso anómalo para los efectos de la clasificación, pues en él concunen por diversas razones -coherentes con sus respectivas preferencias- tres jueces favorables a la tesis 1 junto a tres jueces aparentemente favorables a la tesis 2a; en efecto, para unos, el recurso de casación debe rechazarse porque no es necesario determinar la persona de los delincuentes para sobreseer definitivamente por amnistía, mientras que para otros, aún cuando el sobreseimiento definitivo no procedía por la causal de amnistía (aparentemente, porque estos ministros considerarían necesario determinar la persona del delincuente antes de aplicar la Ley de Amnistía), de todos modos debe rechazarse el recurso interpuesto en contra de dicho sobreseimiento porque, en el caso concreto de esta causa, el enor (consistente en sobreseer sin investigar) no tuvo una influencia substancial en lo dispositivo del fallo, ya que de todos modos procedía el sobreseimiento definitivo, pero por la causal de prescripción de la acción penal, sosteniéndose implícitamente entonces, que para esta causal de sobreseimiento definitivo no es necesaria la previa determinación de la persona de los delincuentes (tesis 2a).

⁸ Estos fallos, sin innovar en relación con la exigencia de determinar la persona del delincuente antes de aplicar la ley de amnistía, en la práctica introducen giros relevantes en torno al tratamiento de los casos sobre detenidos desaparecidos. En ellos, el tema más relevante es el de las implicancias procesales del carácter permanente del delito de secuestro o de detención arbitraria o ilegal, que en la práctica se traducirá, generalmente, en la necesidad de seguir tramitando las

causas aún cuando se haya determinado la persona de los delincuentes. En cambio, ya no se pronuncian sobre la procedencia o no de la prescripción en casos en que no está determinada la persona del delincuente, pero de hecho no parecen considerar que esta sea una cuestión relevante para decidir la revocación de los sobreseimientos definitivos y la reapertura de los sumarios, incluso, en su caso, para que se llegue a dictar sentencia condenatoria; sin señalarlo en forma expresa, en materia de prescripción estos fallos parecen partir de la base, por lo demás bastante lógica, de que, dada la indeterminación del momento en que los delitos dejaron de consumarse, no es posible calcular si acaso la acción penal se encuentra prescrita o no, por falta de una fecha definida en que el plazo de prescripción ha empezado a correr.

⁹ En este fallo (Rol 2498-96), aunque con cierta ambigüedad, ya se empieza a dibujar la tesis n° 2, según la cual, antes de aplicar la amnistía sería necesario determinar la persona del delincuente. En efecto, aunque el considerando que parece establecer la doctrina aplicada (considerando 4º) pareciera conformarse con la investigación del "cuerpo del delito" ("el juez no podrá sobreseer definitivamente frente al desaparecimiento de personas, sino cuando haya logrado adquirir la convicción de que esa situación importa un ilícito penal"), el considerando 3º, interpretando la Ley de Amnistía, había sostenido que "fluye del texto transcrito que el propósito del legislador no fue despenalizar ilícitos, sino que tan sólo conceder la amnistía (perdón) a las personas cuyo grado de participación criminal se encontrare procesalmente determinada (autores, cómplices, encubridores)", con lo cual parece adherir a la tesis n° 2. Sin embargo, lo ambivalente de la decisión, en términos de su adhesión o no adhesión a la tesis N° 2, se hace patente ya en el hecho de que uno de los ministros que concurren al fallo de mayoría (Navas, sin cuyo voto no se habría formado esta mayoría) aparece, algunos meses después, concurriendo con una nueva mayoría en una decisión que abiertamente descarta la tesis N° 2 (Rol 28-97, de fecha 20 de agosto de 1998), y se conforma con la determinación de que en la causa se trata de un delito amnistiable, lo que sugiere la conclusión de que a lo menos para este Ministro el considerando 4º contiene la verdadera doctrina del fallo del 19 de noviembre de 1997. Por ello, la primera decisión de la Sala Penal que se inclina claramente por la tesis N° 2 es la de fecha 9 de septiembre de 1998 (Rol 469-98), que es la que en este trabajo se ha calificado como el "fallo fijador de doctrina".

¹⁰ Este fallo, aunque revoca el sobreseimiento definitivo por amnistía, no es un caso de aplicación "anticipada" de la doctrina del precedente (tesis 2), pues sostiene explícitamente que, de existir antecedentes que permitiesen establecer la presencia de esta causal de sobreseimiento (sin mencionar la necesidad de determinar la persona del delincuente aún en tal evento), efectivamente se debería sobreseer (Art. 107 CPP), antecedentes que no pueden darse por establecidos pues se ignora el paradero de la víctima.

¹¹ Autor que caracteriza con esa expresión el propósito de una corte suprema de querer fijar doctrinas que hayan de regir la resolución del asunto en el futuro.

Véase, a este respecto, en el capítulo anterior, el apartado "Algunos factores institucionales que influyen en la práctica de seguimiento de precedentes".

¹² Como un dato anecdótico, cabe registrar que, contra del giro jurisprudencial introducido por la Sala Penal al afirmar la tesis N° 2 (en materia de requisitos para el sobreseimiento por amnistía) en el fallo fijador de doctrina, el Auditor General del Ejército, Fernando Torres, invocó un argumento de corte claramente precedencial, consistente en que la Corte Suprema ya "ha creado jurisprudencia" en el sentido de que el sobreseimiento definitivo de la causa por amnistía procede sin necesidad de investigar el delito ni determinar la persona del delincuente; sin embargo, el argumento es del todo instrumental y no logra ocultar el comportamiento claramente preferencial del mismo Auditor Torres, que queda en evidencia en el fallo de fecha 26 de octubre de 1998, en que la Sala Penal reitera su postura a favor de la tesis N° 2, con oposición ("preferencialmente" motivada) del propio Auditor Torres, que de esta forma se aparta de la (nueva) jurisprudencia que la Corte Suprema ha establecido en la materia.

¹³ Las expresiones entre comillas son tomadas del único fallo de la Sala Penal registrado como exponente de esta tesis 1, citado más abajo, en el texto principal.

¹⁴ En este fallo, el propio Bullemore es redactor del fallo en el que cambia de opinión.

¹⁵ Extracto tomado del Considerando segundo del fallo.

¹⁶ Esto queda de manifiesto al examinar críticamente, por ejemplo, el fundamento del último fallo de la Corte Suprema en sostener la Tesis 1 (que fue emitido, de hecho, por la Sala Penal, con su integración previa a la época de Cury): este fallo rechaza aplicar la atenuante respecto de un condenado que, no obstante no contar con condenas anteriores, ingresó en estado de embriaguez a un local donde se desarrollaba una fiesta a la que no había sido invitado.

¹⁷ Un abogado penalista entrevistado manifiesta tener la impresión de que esta uniformidad de la doctrina de la Sala Penal en esta materia no sería tan clara, si bien no aporta antecedentes concretos sobre fallos divergentes en apoyo de esa impresión.

¹⁸ Sosteniendo que el Art. 450, inc. 1º, del CP "no contiene presunción de derecho alguna sobre la responsabilidad penal, pues esta disposición sólo está destinada a dar una regla especial sobre la pena que ha de imponerse al autor ... Esta norma, ciertamente, constituye una excepción a la rebaja de punibilidad que se concede para el delito imperfecto en la generalidad de los casos, con arreglo a lo preceptuado por los artículos 51 y siguientes del Código Penal, pero de ahí no puede deducirse que contenga una presunción de derecho.", párrafo que derechamente parece haber sido "cortado y pegado" del fallo precedente; en ello

no hay, por cierto, una crítica, sino un dato que hace tanto más patente la abierta renuencia de la Corte (reiterada en otros casos) a invocar sus propios precedentes, y ello incluso en un caso en que "materialmente" emplea los razonamientos (y hasta el archivo computacional) de su propio precedente.

¹⁹ En el Considerando quinto del fallo.

²⁰ Los detalles del problema y un análisis crítico de la doctrina sostenida por la Sala Penal a partir de 1998, pueden encontrarse en Bascuñán (2001).

²¹ En cuyo considerando sexto la Sala sostiene, con la adhesión de Navas, "Que de acuerdo a lo anterior, si bien el legislador puede disponer la vigencia diferida de la ley penal, al favorecer ésta al procesado debe aplicársele aún desde su promulgación, según lo ordena la propia Carta Fundamental y ha sido sostenido reiteradamente por la jurisprudencia esta Corte".

²² "Acordado con el voto en contra del Ministro señor Navas quien estuvo por rechazar el recurso deducido para lo cual tiene presente que la ley sólo obliga y es vinculante a partir de su entrada en vigencia, lo que no ocurrió con la Ley N° 19.450, pues si bien fue promulgada su vigencia fue suspendida por la Ley N° 19.456"

²³ En relación con el precedente 3, tras un fallo favorable a la tesis 2, la doctrina de la Corte Suprema se estabiliza en torno a la Tesis 1 desde 1984 en adelante.

²⁴ En el caso del precedente 2, sobre aplicación de la Ley de Amnistía, en que la segunda instancia era de competencia de las cortes marciales y no de las cortes de apelaciones, la uniformación vertical se estudia en relación con una de las dos cortes marciales del país, la de Santiago.

²⁵ En este caso, como se verá, se trata de fallos que, si bien no emanan de las cortes de la muestra pre-definida, son de todos modos fundamentales para analizar el fenómeno de la uniformación vertical. Los fallos son todos posteriores al precedente de la Sala penal, pero no necesariamente de los meses a que se refiere el periodo de búsqueda.

²⁶ En la práctica, la consecuencia es puramente procedimental (fijar fianzas más moderadas), por más que las razones para llegar a ello hayan sido sustantivas e, incluso, relativas a garantías constitucionales.

²⁷ Siguiendo el planteamiento de Songer, Segal y Cameron, 2004. Véase en la primera parte de este trabajo, la referencia a estos autores a propósito de los estudios empíricos sobre sujeción al precedente en Estados Unidos.

²⁸ Por extraño que parezca, la decisión de aplicar el Art. 44 de la Ley de Cheques, a diferencia de la decisión de no aplicarlo, sí tiene implicaciones más "sustantivas" y constitucionales, que comprometen una toma de postura más definida en relación con la aplicación de garantías constitucionales, de modo que no se traduce en una cuestión meramente procedimental; además, la obligación de fijar como fianza el monto (a veces, muy alto) del cheque, obviamente restringe mucho más el campo de acción, que la prohibición de fijar la fianza en ese monto, que deja un amplio margen al juez para decidir exactamente qué monto fijar. A este respecto, las supuestas directrices que los tribunales superiores habrían ido estableciendo, según un entrevistado refiere, en el sentido de la necesidad de fijar la fianza en determinados porcentajes del valor del cheque, si acaso existieron, desde luego no fueron conocidas como reglas rígidas, legalmente exigibles, de modo que mal pudieron restringir el campo de acción judicial de una forma siquiera parecida a la obligación de aplicar el Art. 44.

²⁹ Que disponen respectivamente: "Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes" y "La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla (la libertad provisional)".

³⁰ Extractos de los considerandos cuarto, quinto y sexto de ese fallo.

³¹ Por cierto, con un argumento equivocado. En lo que respecta a la supuesta inaplicabilidad del art. 52 del CC, por ser el DFL N° 707 posterior a la entrada en vigencia de la Constitución, debe observarse que a la fecha de esta última regía el mismo estatuto legal respecto de la libertad provisional (el que según la Sala Penal fue derogado tácitamente por la Constitución), no pudiendo, por tanto, ser repuesto por otra norma legal del mismo tenor, de jerarquía inferior a la norma derogatoria.

³² Las causas en las que se ha planteado la cuestión de las condiciones para la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978, durante el período investigado, fueron conocidas por la Justicia Militar. La segunda instancia corresponde, en ese sistema de justicia, a las dos Cortes marciales instaladas en el país: 1) la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, con asiento en Santiago, integrada por dos ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, por los Auditores Generales de la Fuerza Aérea y de Carabineros y por un coronel de justicia del ejército; y 2) la Corte Marcial de la Armada, con sede en Valparaíso, integrada por dos ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por el Auditor General de la Armada y por un oficial general en servicio activo de esta institución. El presente estudio toma su muestra de fallos de la Corte Marcial de Santiago.

³³ La muestra, en este caso debió ser modificada, por dificultades de acceso precisamente a los meses y años que corresponderían a la metodología definida (abril y octubre de los dos años siguientes al precedente, es decir, 1999 y 2000).

Por ello, se tomó una muestra aleatoria de 17 fallos emitidos durante el año 2001, año en que la tesis del precedente de la Sala penal está claramente consolidada, en lo que concierne a la necesidad de investigar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente, como condición para sobreseer por amnistía, sin perjuicio de que a estas alturas además se exige lo mismo como condición para sobreseer por prescripción y. todavía más, se exige esclarecer el paradero de la víctima, en los casos de secuestros y detenciones ilegales. Metodológicamente, este cambio en la muestra es irrelevante para un caso tan evidente y monolítico de incongruencia del tribunal inferior frente a todos los cambios de jurisprudencia de la Sala penal que van imponiendo nuevas condiciones al sobreseimiento definitivo por alguna de esas dos causales.

³⁴ Así se aprecia en numerosos votos de minoría, por ejemplo de los ministros Brito, Dolmestch, Morales y Villarroel. Así, y para escoger una, en la sentencia antes citada de la Corte Marcial de Santiago, de 25 de abril de 2001, el ministro Dolmestch "concorre a la confirmatoria de la resolución en alzada, pero declarando que el sobreseimiento debe ser temporal, conforme lo dispone el artículo 409 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, puesto que, a su juicio, en la especie no se dan los presupuestos necesarios para dar aplicación a las disposiciones del D.L. N° 2.191, sobre amnistía. En efecto, según su parecer, constituye un hecho de la causa el que las personas cuyo desaparecimiento se investiga -15 campesinos de la localidad de Liquine- fueron detenidos por personal de las Fuerzas Armadas y, hasta la fecha, se desconoce su destino o paradero, por lo que sólo es posible suponer la existencia de hechos que podrían revestir un carácter delictivo, sin que pueda lograrse su exacta calificación, con lo cual se puede concluir, por ahora, que tal situación no se encuentra dentro de las circunstancias excepcionales a que se refiere el citado decreto ley de amnistía, ni se reúne tampoco la exigencia procesal contenida en el artículo 413 del código del ramo, para dictar sobreseimiento definitivo en la causa". Esta última disposición establece que "el sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente". Como se observa, la argumentación del disidente es en el fondo la misma de la tesis 2 de la Sala Penal de la Corte Suprema, establecida en el precedente de fecha 9 de septiembre de 1998, y mantenida de ahí en adelante (necesidad, para sobreseer definitivamente, de que se encuentren acreditados el delito y la persona de los responsables), pese a lo cual no es citado en el voto de minoría.

³⁵ El fallo comentado resulta excepcional en el contexto general de la aplicación por las Cortes de la atenuante de la irreprochable conducta anterior. En efecto, es el único, dentro de la muestra, que rechaza dicha atenuante -no obstante la inexistencia de condenas anteriores- por estimar que la conducta pretérita del imputado obsta a su reconocimiento. Sin embargo, pese a su excepcionalidad (no sólo en cuanto contradice el precedente de la Sala Penal, sino que también en relación con la práctica judicial de las Cortes sobre la materia, que o bien fallan de acuerdo con este último, aunque sin invocarlo, o bien dan por concurrente la

minorante con el mérito del extracto de filiación sin antecedentes y las declaraciones de testigos sobre la conducta del imputado), los jueces que lo suscriben no consideraron necesario fundamentarlo, explicar las razones de su particular posición. No puede considerarse fundamentación suficiente la simple afirmación de que las diversas detenciones de que fue objeto el imputado en el pasado "impiden estimar que su conducta pretérita haya tenido un carácter de irreprochable". La pregunta que surge -y a la que este fallo no da respuesta- es ¿por qué? se arriba a tal conclusión, sin argumentación de ningún tipo. La fundamentación resultaba tanto más necesaria en un caso como el referido, puesto que se trata de rechazar la aplicación de una circunstancia atenuante que ha sido interpretada de otra manera -más favorable al imputado-, por el precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema, y por la propia Corte de La Serena.

³⁶ También se plantearía el problema si, por ejemplo, querellantes acuciosos empeñados en demostrar que el imputado ha observado en el pasado un comportamiento moral, social y/o comunitario reprobable, aportaran pruebas en ese sentido alegando que, pese a contar con extracto de filiación en blanco (y, en este caso, aún a pesar de contar con testigos de conducta), no cabe a su respecto la aplicación de la atenuante.

³⁷ Véase, a este respecto, lo señalado en la sección anterior, en relación con los jueces de la Corte Suprema, para esta misma materia (atenuante de irreprochable conducta anterior).

³⁸ Al primer punto se refiere el considerando 11° en los siguientes términos: "...se afecta la coherencia sistémica y con ello el principio y garantía fundamental de igualdad ante la ley, en atención al hecho que, por una reforma muy posterior, se deja sin aplicación, sólo en casos específicos, la normativa que el mismo legislador ha establecido en términos generales, conforme a una proporcionalidad objetiva... lo cual (constituye) una verdadera derogación singular de la reglamentación normativa general, práctica que la teoría iuspublicista ha proscrito a lo menos desde el siglo XIX, precisamente por constituir un atentado a la garantía enunciada". El segundo argumento mencionado -que el fallo lo vincula con el anterior- es expuesto -sin desarrollárselo- en los siguientes términos, en el mismo considerando 11°: "Al respecto (afectación de la igualdad ante la ley) no debe olvidarse, además, que por mandato de la Carta Fundamental, los preceptos legales que regulan las garantías constitucionales, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio (artículo 19, N° 26 de la Constitución Política de la República)". El considerando 21° insiste en la misma idea: "...a igual decisión (la derogación del inciso 1° del art. 450 del CP por el art. 19, N° 3 de la Constitución) se llega al contrastar las garantías constitucionales de la tipicidad, reglamentación objetiva de la sanción, culpabilidad e igualdad ante la ley con la disposición legal del inciso primero del artículo 450 del Código Penal, puesto que llega a afectar la esencia de aquellos principios, perdiendo su eficacia normativa a la luz de lo dispuesto en el artículo

19, N° 26 del Código Político".

³⁹ Desinterés que ya se vio claramente en los votos de minoría redactados por los ministros civiles que integran las cortes marciales, en materia de aplicación de la Ley de Amnistía.

⁴⁰ El periodo de búsqueda fue extendido en dos años en este caso, para contar con una muestra más amplia, dado que en la muestra básica sólo se encontró dos fallos, y que casualmente (durante la recolección de la muestra de fallos correspondientes a otros precedentes) los investigadores dieron con varios fallos sobre la misma materia en los dos años inmediatamente posteriores a los del periodo de búsqueda inicial. Como se verá, los fallos de la extensión simplemente confirman el resultado que arrojaban los dos únicos fallos del periodo de búsqueda básico.

⁴¹ Periodo que, como se indicó, sólo abarca una fracción de los fallos emitidos en los dos años posteriores al precedente de la Sala Penal, pues incluye sólo los meses de abril y octubre de cada uno de esos años, razón por la cual es perfectamente posible, incluso probable, que el asunto sí se haya planteado en esas cortes, en otros meses de esos años.

⁴² Extracto del considerando 1º.

⁴³ "Que, de este modo, el legislador puede disponer la vigencia diferida de una norma penal, pero si ella es favorable al encausado, los jueces deben tenerla en consideración desde la fecha de su promulgación. Este mandato arranca de la Carta Fundamental, la cual constituye una ley directamente aplicable y que esta Corte estima, en el presente caso, no puede dejar de considerar" (Considerando 5º).

⁴⁴ Lo que no necesariamente se ve contradicho por los indicios de un cierto efecto de uniformación vertical producido hacia el final del periodo estudiado en esta Corte en relación con este precedente, efecto que puede deberse a otros factores - distintos de una actitud *precedential*- que promueven *congruencia* en los jueces inferiores, como el sistema de "premios y castigos" al que aluden Songer, Segal y Cameron (1994: 674) con que el "mandante" -la Corte Suprema- a la larga consigue imponer sus políticas jurisprudenciales. El tiempo que tarda en lograrlo, simplemente puede ser expresivo del "largo de las correas" con que el mandante conduce a sus "agentes" (674-675), pero no implica incapacidad para ejercer la conducción.

⁴⁵ Véase supra, nota 1.

⁴⁶ Este estudio se concentró, de hecho, en materias penales "sustantivas", y no en

file:///148.215.24.111/arribos/1%20ARRIBOS%202/197_%20Ius%20Et%20Praxis/convergencia_2007_vol_13_n_1/body/art12.html

materias procesal-penales, como lo son la casi totalidad de las que han sido objeto de estas decisiones más "visibles" y claras de la Sala Penal.