

SOBRE LAS FICCIONES EN EL DISCURSO JURIDICO-PENAL DE LAS SENTENCIAS: EL CASO CHILENO*

*Christian Alfaro Muirhead y Claudio Agüero San Juan**.*

“Ich habe in meinen früheren Schriften von Normen gesprochen die nicht der Sinn von Willensakten sind. Meine ganze Lehre von der Grundnorm habe ich dargestellt als eine Norm, die nicht der Sinn eines Willensakten ist, sondern im Denken vorausgesetzt wird. Nun muss Ich Ihnen leider gestehen, meine Herren, dass ich diese Lehre aufgeben musste... Ich habe sie aufgegeben in der Erkenntnis dass ein Sollen das Korrelat eines Wollens sein muss. Meine Grundnorm ist eine fiktive Norm, die einen fiktiven Willensakt voraussetzt, der diese Norm setzt. Es ist eine Fiktion das irgendeine Autorität will dass dies sein soll... Was man sich bei der Grundnorm denkt ist die Fiktion eines Willensakten, der realiter nicht besteht.”

Kelsen. Viena, 1962 (8)

I

Sobre la ficción o una salida distinta***

Cuestión primera a tratar en este trabajo es la dilucidación acerca de si las *ficciones jurídicas o judiciales*, constituyeron o no una de las salidas teóricamente posibles, en el marco de la dogmática jurídico-penal, en orden a brindar normativamente una adecuada transición —con un mínimo sentido de realidad—

* Ponencia presentada en las XVIII Jornadas Argentinas y primeras Jornadas Argentino-Chilenas de Filosofía Jurídica y Social, llevadas a efecto entre los días 30 de Septiembre y 1 y 2 de Octubre de 2004 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, organizadas por los profesores Ricardo Guibourg y Agustín Squella.

** Christian Alfaro M. es Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Egresado de Derecho de la Universidad de Chile. Juez Oral del 1° Juzgado Oral en lo Penal de Santiago. Claudio Agüero S. es abogado, Licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Católica de Temuco. Postgrado: Mg.(c) en Educación, Universidad de la Frontera.

(8) Palabras textuales de Hans Kelsen en Viena durante 1962, citado por K. Olivecrona en su segunda edición de *Law as Fact*. Pág. 112, Ed. castellana, Labor Universitaria, Barcelona, 1980. cuya traducción literal sería la siguiente: “En mis anteriores escritos he sostenido que las normas no tienen el sentido de meros actos de voluntad. En toda mi enseñanza la norma básica la he descrito como una norma, que no tiene el sentido de un acto de voluntad sino que esta presupuesta en el pensamiento. Ahora lamentablemente tengo que admitir, estimados señores, que he renunciado a esta teoría... He renunciado a ella en el entendido que un deber ser tiene como correlato la voluntad de un deber correspondiente.

Mi norma base es una norma ficticia que presupone un acto de voluntad ficticio, para poner esta norma. Es una ficción aquello que alguna autoridad, quien quiera que sea, establece... Lo que uno se imagina bajo una norma básica es la ficción de un acto de voluntad que en realidad no existe”.

*** Las sentencias que aquí se analizan se ubican en el contexto total que plantea —por ejemplo— Fernando Salmerón en *Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin* pp. 82 a 112 (93) en *Derecho y Moral*; Rodolfo Vásquez comp. “Ensayos sobre un debate contemporáneo”: Malem, Salmerón, Alexy, Mugerza, MacCornick, Bulygin, Hoerster y Schmill. Gedisa, Barcelona, Marzo de 1998. 300 pp. Asimismo, *Post Scriptum al concepto del derecho de H. Hart*. Ed. por A. Bulloch y J. Raz. 1994. Trad. De Tamayo y Salmorán. UNAM. México, 2000; 110 pp.

desde un sistema autoritario o de excepción constitucional,¹ a otro de carácter constitucional orientado a la recuperación de un Estado democrático de derecho en Chile, en el periodo comprendido entre los años 1990 y 2004.

La verdad, es que *desde un punto de vista normativo*, en una lectura jurisdiccional de los tipos penales, la ficción judicial del delito de secuestro como delito permanente luego de 20, 30 o más años desde ocurridos los hechos objeto de juzgamiento,² no pudiera decirse en teoría que acudir a aquella de manera directa para resolver la cuestión antes apuntada fuera ciertamente una solución imprescindible.³ Sobre los respectos antes indicados, hubiera quizás bastado en su tiempo justificar teóricamente la decisión de los tribunales, razonando por ejemplo a la manera como lo hace el profesor de teoría y filosofía del derecho de la Universidad de Valparaíso Claudio Oliva, cuando, partiendo del normativismo de Kelsen, Ross o Hart, actualiza la *facultad discrecional de los tribunales superiores* (independientemente de cualquiera hubiere sido el proceso penal vigente a la época) armonizándola con las corrientes actuales del derecho acerca de las teorías del razonamiento jurídico y de la fundamentación de las sentencias o, englobándolas a éstas, con la teoría de la argumentación.⁴ En efecto, desde un

¹ Hans Welzel, en 1944, antes de la caída del régimen nacional-socialista, en la Alemania de Hitler, señaló: “*el Estado queda dispensado en las situaciones de excepción, de hasta las últimas ataduras jurídicas, como la de la tipicidad en las normas de derecho penal*”; citado por Sergio Politoff L. en “Sistema jurídico-penal y legitimación política en el estado democrático de derecho”. Revista chilena de DD. HH., N° 11, Nov. 1989. [Hanz Welzel, Ober den substantieller Begriff des Strafgesetzes, en: Probleme der Strafrechtserneuerung. Eduard Kholrausch zum 70 Geburtstag dargebracht. Walter de Gruyter, Berlin, 1944, pág. 118]. Con todo, cabe considerar que el propio *Decreto Ley de Amnistía de 1978*, producto de una negociación, además, con EE.UU., a consecuencias de la trágica muerte de O. Letelier Del Solar, ex canciller del presidente S. Allende, y una ciudadana de ese país, en la capital norteamericana; impidió, jurídicamente, que prosperara en Chile una salida de ese género.

² GARRIDO MONTT, MARIO. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Editorial Jurídica de Chile, primera edición, diciembre de 1984. VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE. La extinción de la responsabilidad penal. Ed.-ConoSur, noviembre 1987, pág. 148.

³ Sobre este punto basta tener presente lo indicado por el propio Kelsen en la segunda edición de su *Teoría Pura del Derecho*, versión última de 1960; traducida por Vernengo para la UNAM, en su último capítulo, cuando se refiere a la interpretación y ciencia del derecho, ocasión en la que claramente consigna el rol de las ficciones en su aspecto negativo de imaginaria o futilidad; contrariamente a lo que señaló después en Viena en 1962, según lo expresara en su tiempo K. Olivecrona.

⁴ OLIVA EKELUND, Claudio. *La teoría de la argumentación y el positivismo jurídico*, en Revista de Ciencias Sociales, *Sobre el razonamiento jurídico*, N° 45, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, primer y segundo semestre año 2000, página 731 y ss. Tratando la teoría de Herbert Hart señala en la página 743 [...] Habrá así un núcleo de certeza, en el que se ubican aquellos casos claros que indudablemente quedan cubiertos por los términos clasificatorios generales empleados por la regla de que se trate. “*Los casos claros —dice Hart—, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser ‘automático’, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contexto semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.*” Se trata, en palabras de Aarnio, de los “*casos rutinarios*”. Más allá de este núcleo, nos encontraremos con una zona marginal o de penumbra, conformada por aquellos casos que no son familiares o rutinarios y respecto de los

punto de vista científico, ello podría perfectamente haberse hecho, como en la realidad ocurrió por lo demás en el quehacer propio de los tribunales, sin fracturas mayores, y sin que se hubiese visto obligado, ningún juez, a tener que razonar de manera directa, sobre la base de las ficciones, de cara a una mayor aceptabilidad de las sentencias recaídas sobre tales materias, con miras a poner freno a la *impunidad*; atendidas, obviamente, las salvaguardias lógicas del propio ordenamiento jurídico.⁵

Si ello, desde el punto de vista del observador, no ocurrió exactamente así en el mundo de los especialistas en materias penales, se debió pues al carácter que tiene parte considerable de la cultura jurídica chilena⁶ y al modo como ésta, planteó, ante la opinión pública nacional, dichas decisiones de los jueces.⁷ No

cuales la aplicabilidad de los términos generales en cuestión es discutible. En cuanto a estos casos difíciles, “*si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas*”. El juez tendrá, por lo tanto, cierta discrecionalidad para resolver estos casos, lo que no significa, por cierto, como aclara Hart, que su decisión haya de ser arbitraria o irracional.

Creo que es fundamental tener presente que, si bien Hart alude con lo anterior a una cuestión lingüística, en ella los elementos pragmáticos juegan un papel muy importante. No se trata, así de la simple definición de términos generales de acuerdo con su uso común por una comunidad idiomática, sino del significado que a los fines de una determinada regla, tiene una palabra general. [...]

Lo propio plantea Comanducci en un análisis ya más abstracto cuando resitúa los problemas de la interpretación, discrecionalidad e indeterminación del derecho, en su artículo de DOXA 21-II (1998); *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*, pp. 89 a 104. Exactamente lo mismo y con mayor énfasis señala E. Bulygin en su trabajo “Los Jueces ¿Crean Derecho?” en Revista *ISONOMIA* N° 18, Abril de 2003, en polémica con Atria.

⁵ MARI, Enrique. *Teoría de las Ficciones*, Editorial EUDEBA, serie tesis, Buenos Aires, Argentina, año 2002, 443 páginas. Con todo, son escasas sus referencias a las ficciones en materias de derecho penal.

⁶ [...]Por otra parte, el concepto cultura jurídica ha devenido en la actualidad, literalmente, en un ubicuo lecho de Procusto. Los grandes juristas que hicieron las bases de la moderna cultura jurídica europeo–continental son al decir de Kelsen el germen del positivismo jurídico del siglo XIX y del cual, sostiene, muchas de las ideas que la Teoría Pura ha desenvuelto son, precisamente, provenientes de aquél. Ello no es poco a la hora de encarar desde perspectivas integradoras, científicas, con algún grado importante de objetividad, la continuidad en las tareas de su desarrollo teórico en un hilo insoslayable de racionalidad en grados, obviamente, de mucha mayor abstracción e inimaginable generalidad. La convergencia de los sistemas jurídicos occidentales que se puso en marcha en el mundo, de manera categórica, desde el término de la Segunda Guerra Mundial, sobretudo en relación con el modo con que aquél fenómeno ha venido a materializarse en Chile, durante las últimas décadas, debe llamarnos a capítulo si de construir nuevos órdenes jurídicos cuya inserción en partes demasiado significativas del mundo se nos reclama. [...] ALFARO MUIRHEAD, Christian. “La Cultura Jurídica Chilena ¿Ciencia o Ideología?”, trabajo expuesto en la V Jornada Chilena de Filosofía del Derecho, 18 de octubre de 2002, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Chile y publicado en el *Anuario de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* año 2003. También en www.filosofiyderecho.com; Revista Telemática Hispanoamericana, N° 6.

⁷ Esto se aprecia de manera clara en el razonamiento del penalista Héctor Hernández Basualto, doctorado en Alemania, por la U. de Freiburg i. Br. quien es el que con mayor dedicación se ha referido al análisis de los artículos 141 y 142 del Código Penal chileno, que tipifican el delito de

vamos a entrar a detallar aquí los fundamentos de su oposición a ellos cuanto que la estrategia seguida por aquellos para impedirlos u obturarlos, de uno u otro modo, sí *obligó a razonar sobre las ficciones*, las que no obstante no haberse configurado nunca de manera explícita, sí estaban implicadas, desde un punto de vista lógico, en todas las sentencias de los tribunales. Es más, el debate acerca de la pertinencia o no de las ficciones jurídicas en materias penales quedó siempre reducido a ámbitos más o menos académicos de fuerte repercusión, parcialmente interesada, en medios de distinto orden, dentro de nuestro país.

Pues bien, estemos o no de acuerdo en ello, las particularidades de la transición chilena a la democracia llevaron en la práctica a la clase política representada en el parlamento o el ejecutivo, *por cerca de tres lustros*, a no brindar una decidida solución político-jurídica al hecho del *desaparecimiento de personas* por motivos ideológicos durante el régimen militar. Objetivamente, y así se esperó siempre, la judicatura debía hacerse cargo de la cuestión. Más que una judicialización de la política por los tribunales chilenos,⁸ los demás poderes del estado miraron su quehacer como la única posibilidad que se les brindaba a ellos, desde un punto de vista histórico, de llevar a éste a su propia recuperación mediante una paulatina así como decidida actuación en el proceso de su relegitimación en general ante la sociedad, juridizando de alguna manera aquello que, por distintas razones que no son del caso venir a tratar aquí, aquél había renunciado a hacer en Chile, con consecuencias trágicas, inenarrables;⁹ y, por un tiempo más o menos prolongado.¹⁰

secuestro (como delito permanente en la doctrina nacional y extranjera y que nadie discute). Con todo, su prolongación ficta en el tiempo le resulta antinatural o problemática como quiera que – obviamente – no está pensando el tipo con un criterio normativista cuanto que lo está haciendo, creemos, con uno de carácter ontológico – naturalista, casi “fiscalista”, podríamos decir. *Revista Mensaje, mes de julio de 2004*. Profesor en la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile. En el mismo sentido intervino en la polémica – a través de la prensa – el profesor de derecho penal Francisco Grisofía. *El Mercurio*, p. 2, de 14 de julio y 17 de agosto de 2003. Igual orientación en editoriales de *El Mercurio* de los días 14 de diciembre de 1995; 15 de noviembre de 1999; 15 de mayo de 2000; 1 de julio de 2002; 13 de septiembre de 2002; 14 de septiembre de 2003. Ya más contemporizadora, la del 19 de mayo de 2004. La editorial del 8 de octubre de ese año, fue aún más explícita que la anterior, previo al pronunciamiento ya más categórico que sobre estas materias debía hacer, en esos días, la Corte Suprema de Chile. *Opinión disidente*, José Miguel Vivanco, *El Mostrador*, diario electrónico, 27 y 28 de mayo de 2004.

⁸ Para un análisis del período, aunque desde una perspectiva distinta de la aquí tratada, ver de Fernando Atria su excelente ensayo “La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”, en *Revista del Centro de Estudios Públicos* N° 91; pp. 45-89; Invierno 2003, Santiago, Chile.

⁹ En Chile, para avizorar así sea con la sensibilidad que se requiere, desde el campo de la literatura, la realidad a la que nos estamos refiriendo, léase la obra poética y biográfica de nuestro Premio Nacional, Raúl Zurita Canessa; quien, también, escribió en enormes caracteres en la entrada norte de nuestra geografía, sus proféticos versos ineludibles: *NI PENAN NI MIEDO*.

¹⁰ [...] Puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en la mesa de despacho, ya escrito y

Por otra parte, cabe destacar que en la práctica el diseño operado en Chile, independientemente de que así se lo hubiere formulado o representado conscientemente el país, él se encontró siempre en la base de la conducta de los más variados operadores del derecho actuantes en nuestra sociedad, reconocibles de manera clara en todos los sectores sociales de su espectro político, profesional y académico. Es más, desde sus inicios, el propio *Decreto Ley de Amnistía de 1978*¹¹ comprendió jurídicamente, desde luego, significativas excepciones que no hicieron más que aparecer de manera pública, a la luz de todos los intérpretes, durante el curso del gobierno militar primero,¹² para hacerse luego, más patente desde el punto de vista de las expectativas, tras el informe de la Comisión Verdad y Reconciliación, conocido como el ‘Informe Rettig’. Desde los tiempos de la Vicaría de la Solidaridad, dependiente de la Iglesia Católica, se fue formando un

redactado en los textos constitucionales. Todos son frutos de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y sufrimientos.

La lucha por el derecho acompaña a todos los momentos de la vida de los derechos: no sólo a su conservación, sino también a su fundación y transformación. Su manifestación *más extrema* es el ejercicio del derecho de resistencia, que representa al mismo tiempo, con aparente paradoja, una negación del derecho vigente y una garantía externa de efectividad del derecho válido. [...] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, Editorial Trotta, colección estructuras y procesos, serie derecho, tercera edición, Traducida por Perfecto Andrés Ibáñez y otros del original *Diritto e ragione. Teoria del galantismo penale*, año 1998, impresión Simancas ediciones S.A., pp. 945.

¹¹ Por último, ya al cierre de este trabajo, el 27 de septiembre de 2004, el abogado Félix Urcullú, ex rector de la U. Austral de Valdivia, en tiempos de aciagas decisiones, se quejó en carta a El Mercurio, de la no aplicación por los tribunales de dicha ley de nuestro ordenamiento jurídico vigente en Chile. Felipe Lamarca se refiere por su parte a las reformas constitucionales que ya vienen en camino efectivamente consensuado. La Tercera de la Hora, 26 de septiembre de 2004. Mucho más determinante sobre todos estos aspectos fueron las declaraciones del Comandante en Jefe del Ejército y de las que diera cuenta pormenorizadamente La Tercera del 5 de Noviembre de 2005, donde hay una asunción institucional de esa rama de las FF. AA. por lo ocurrido en Chile después del 11 de septiembre de 1973.

¹² [...] Lo que sería objetable sería cambiar la interpretación de “razonable” entre subjetivo y objetivo en casos de un mismo tipo dentro de un tópico común. En derecho público, en el criticado caso de tiempos de guerra, *Liversidge v. Anderson* se decidió que un ministro tenía “causa razonable para creer” que una persona tenía orígenes o asociaciones hostiles, y que en consecuencia había actuado legalmente al ordenar su detención de acuerdo a las Regulaciones (Generales) de Defensa, 1939, siempre y cuando él honestamente creyera que tenía causa para pensar así. *En esta área del derecho existen las razones más poderosas para tratar los criterios de razonabilidad como objetivos, no subjetivos. Por esto ni siquiera incluso las exigencias especiales de tiempos de guerra pueden ser invocadas para justificar la especial interpretación subjetiva de ese criterio.* De hecho, la decisión en *Liversidge* ha sido desaprobada tan generalmente que tiene un peso casi nulo como precedente. Es una excepción injustificable a una regla general justificada de interpretación de la razonabilidad como un estándar subjetivo en derecho público. [...] MacCORMICK, Neil. “Razonabilidad y Objetividad” en *Revista de Ciencias Sociales, Sobre el razonamiento jurídico*, N° 45, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Edición dirigida por Agustín Squella, primer y segundo semestre año 2000, pp. 423-424. Traducido por Fernando Atria del original en *Notre Dame Law Review* 74, 1999, pp. 1575-1603, número especial, Propter honoris respectum Kent Greenawalt.

amplio y nutrido registro de prácticamente todas las desapariciones de personas por motivos políticos o ideológicos, así como las circunstancias bastante detalladas de no pocos casos en que estas se llevaron a cabo por organismos de seguridad durante la vigencia de dicho régimen. La conciencia nacional sobre estos respectos, más allá de las distintas sensibilidades o visiones políticas, así como sus diferentes énfasis, siempre fue mayoritariamente única y muy persistente, social e institucionalmente. Pues bien, el punto era tan solo saber cuando habría de entenderse por la sociedad chilena que había de llegar el momento de su *esclarecimiento y asunción por el Estado*.¹³ Sobre esto creemos, nadie osó nunca su desconocimiento, no obstante que el poder y su inevitable pragmatismo, por uno u otro motivo, siempre jugó por su disolución o aminoramiento, sin más, contando a su favor con los efectos y los auxilios propios del tiempo y la fatiga.

Por último, desde la perspectiva del *lenguaje* y de los *símbolos*,¹⁴ la cuestión pendiente de los desaparecidos en Chile, puede decirse, llegó a instalarse —ya algo

¹³ [...] Esto es, en mi opinión, lo que debe llevarse a cabo: la constitución histórica de un sujeto de conocimiento a través de un discurso tomado como un conjunto de estrategias que forman parte de las prácticas sociales.

Entre las prácticas sociales en las que el análisis histórico permite localizar la emergencia de nuevas formas de subjetividad, las prácticas jurídicas, o más precisamente las *prácticas judiciales*, están entre las más importantes.

La hipótesis que me gustaría formular es que en realidad hay dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, *hay otros sitios en los que se forma la verdad*, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto y tipos de saber. Por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la verdad.

Las prácticas judiciales creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas.

Esta es, pues, la visión general del tema que me propongo desarrollar: las *formas jurídicas* y, por consiguiente, *su evolución en el campo del derecho penal* como lugar de origen de un determinado número de formas de verdad. [...] FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, serie CLA.DE.MA., grupo filosofía, segunda edición, Barcelona, año 2003, pp. 15-16. Traducido del título original *A verdae e as formas jurídicas*, por la Pontificia Universidad Católica do Río de Janeiro, 1978. Conjunto de conferencias dadas por el autor en Río de Janeiro entre los días 21 y 25 de mayo de 1973. El destacado es nuestro.

¹⁴ Sobre el particular Jerome Bruner [...] La función del lenguaje, sin embargo, es especialmente interesante puesto que implica una idea también sobre el ambiente simbólico y como se supone que actuamos en él.

La implicación más general es que una cultura se está recreando constantemente al ser interpretada y renegociada por sus integrantes. Según esta perspectiva, *una cultura es tanto un foro para negociar y renegociar los significados y explicar la acción, como un conjunto de reglas o especificaciones para la acción*. En realidad, toda cultura mantiene instituciones u ocasiones especializadas para intensificar esta característica de foro: la narración, el teatro, la ciencia, *incluso la jurisprudencia*, son todas técnicas para intensificar esta función; *maneras de explorar mundos posibles fuera del contexto de la necesidad inmediata*. [...] BRUNER, Jerome. *Realidad mental y mundos posibles, los actos de la imaginación que dan sentido a la*

tardíamente— bajo sus *formas jurídicas*.¹⁵ Es más, éste es el instante en el que nos cabe a nosotros ocuparnos de ella. De más esta decir, que no lo hacemos ni desde el punto de vista del poder, cualquiera sea éste, así como tampoco nos corresponde hacerlo aquí desde la dolorosa y legítima perspectiva de sus deudos.

Si se analizan con la seriedad que corresponde las más recientes y trascendentales resoluciones de los tribunales de justicia en materia penal, ya se trate de tribunales inferiores o de máxima jerarquía, nacionales o extranjeros, ya sea en Temuco,¹⁶ Madrid, Londres, Santiago,¹⁷ México DF.¹⁸ o Buenos Aires,¹⁹

experiencia. Editorial Gedisa, serie CLA.DE.MA., grupo filosofía, Psicología/Lenguaje, primera edición, sexta reimpresión, Barcelona, España, año 2001, pp.145. Traducido por Beatriz López del original *Actual Minds Possible Worlds*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1986.

¹⁵ *Opus Cit.* Michel Foucault. 191 pp.

¹⁶ A manera de ilustración debemos recordar que en Chile, la Corte de Apelaciones de Temuco, el 13 de diciembre del año 1991, por unanimidad, en sala integrada por los ministros Héctor Toro Carrasco, Margarita Herreros Martínez y Daniel Mondaca Pedrero(S), resolvió someter a proceso por los delitos de secuestro y sustracción de un menor de edad en la causa rol 37.860, a la que se encontraba acumulada la rol 26.293 del mismo tribunal, a dos ex funcionarios de la policía uniformada y a un civil, de la jurisdicción del juzgado de letras de Lautaro, en la IX Región. Posteriormente, el juez de ese tribunal dictó sentencia condenatoria por ambos delitos de secuestro como delitos permanentes, el 20 de septiembre del 1993, que fue aprobada por una sala distinta de la misma Corte de Apelaciones de Temuco, el 29 de marzo de 1994. Luego, el cinco de diciembre de 1995, la Corte Suprema de Justicia de Chile, en Santiago, unánimemente, no dio lugar a los recursos de casación y de queja interpuestos por los dos ex carabineros y un civil. Sin hacer uso de sus facultades como tribunal de casación de oficio, dicho máximo tribunal acogió indirectamente —en ese fallo— la tesis del delito de secuestro como delito permanente *por hechos acaecidos el 11 de junio de 1974*, de conformidad a como siempre lo había así configurado la dogmática-jurídico-penal en el ordenamiento jurídico chileno, pasando por la amnistía (1978) y la prescripción, al ordenar que ninguno de los sentenciados podría hacer uso del cumplimiento alternativo de las penas de presidio o de encarcelamiento a las que fueron condenados corporalmente, según la ley 18.216, mientras no solucionaran, al menos, el 50% de la indemnización civil a la que también fueron sentenciados en virtud de aquella que en definitiva aprobaba, con las consecuencias jurídicas que obviamente eran de prever para el normal funcionamiento y perspectivas del orden normativo nacional. En contra, ver editorial del diario El Mercurio del día 14 de diciembre de 1995. El diario La Tercera de la Hora, informó ampliamente sobre este pronunciamiento del Tribunal Supremo el día 7 de diciembre del mismo año, proporcionando antecedentes del período desconocidos hasta esa fecha. Se contienen allí, también, severas advertencias al conjunto de la clase política que con ocasión de la decisión del máximo tribunal hiciera en aquel entonces diputado Alberto Espina. Ante la Suprema Corte de Justicia de Chile, se refirió a dichas sentencias, en sus alegatos del 21 de julio de 2000, el abogado *Alfonso Insunza Bascuñan*, Diario Electrónico El Mostrador: “Secuestro mientras no aparezcan los cuerpos; homicidio aún en estado de guerra.” Conviene tener presente que, atendidos los alcances posteriores de aquellas resoluciones, bien cabe señalar, asimismo, que el fenómeno de la cultura de la globalización no debiera confundirse en Chile, necesariamente, con el fenómeno de la cultura de la dependencia o las particularidades de los fenómenos culturales de las periferias. Con todo ver, sitio web <http://www.iej.cl>; página académica del gremio de los jueces en Chile.

¹⁷ *Revista Gaceta Jurídica* N° 278, Agosto de 2003, Se acoge recurso de casación en el fondo interpuesto en contra fallo que sobreseyó total y definitivamente por aplicación del Decreto Ley 2191 sobre Amnistía, hay voto en contra del Auditor General del Ejército. Dicho fallo postula que la figura penal del secuestro tiene carácter permanente mientras no se sepa con exactitud que fue lo que

éstas siempre han tenido que ver hasta ahora, de una u otra forma, con el problema de las personas desaparecidas por motivaciones políticas durante la vigencia de regímenes autoritarios en la América Latina, no solo de carácter militar, por hechos ocurridos hace ya treinta o más años.²⁰ El pronunciamiento de todos estos ordenamientos jurídicos respecto a las personas desaparecidas en Chile, Argentina²¹ o México se ha hecho hasta hace muy poco en torno a la figura jurídico-penal del secuestro, como delito permanente,²² a consecuencia del silencio más absoluto y prolongado que sobre dichas acciones han guardado, con un celo inexplicable, muy persistentemente, determinados órganos del estado en cada uno de estos casos,²³ comprendiendo dicha actitud no sólo un peligroso alcance

sucedió en definitiva con el desaparecido a comienzos del año 1976, declarando inaplicable la amnistía. Ver asimismo, fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 6 de enero de 2004, confirmatorio de condena de primera instancia en el mismo sentido. Ver, asimismo, *Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Chile* de 26 de agosto de 2004, en igual sentido la que dictara este mismo alto tribunal el 8 de agosto de 2000.

¹⁸ Solicitud de la facultad de atracción 2/2003-PS. Promoventes: Magistrado del Primer Tribunal unitario del cuarto circuito y Procurador General de la República: Ministro Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Roberto Javier Ortega Pineda. Corte Suprema de México. Recurso de apelación extraordinaria N° 1/2003, ministro ponente: Juventino V. Castro y Castro, secretario Roberto Javier Ortega Pineda. Corte Suprema de México.

¹⁹ Dictamen del procurador general de la nación argentina, Nicolás Eduardo Becerra. 29 de Agosto de 2002. Caso: Poblete: Causa N° S.C.S. 17.768. Ver, asimismo, sentencia de la Corte Suprema de Argentina, causa N° 259, agosto de 2004, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I.

²⁰ [...] Hemos mostrado, en otro contexto, que el sistema jurídico se corresponde con una totalidad social real de voluntad (realsoziale Willenstotalität). En cuanto totalidad, el sistema jurídico asemeja a un organismo vivo y, como éstos, nunca es idéntico a sí mismo en dos momentos consecutivos. *Vivre, c'est s'habituer*. Tal adaptación ineludible y continuada se expresa precisamente en forma del derecho surgido por vía de presuposición. Por eso, resulta imposible trazar una frontera entre continuidad y revolución desde un punto de vista jurídico-formal. Si se quiere que posean algún significado, estos conceptos habrán de continuar siendo políticos. *Dicho —en el lenguaje directo del gusto del propio Ross— hay revolución cuando se construyen barricadas en las calles, cuando se da un golpe de Estado, se implanta una dictadura o suceden cosas similares [...]* ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho, Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Traducción del alemán, notas y estudio preliminar de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch, Madrid, España, 1999. pp. 436-437.

²¹ ROCA PEREZ, Victoria. *Derecho y razonamiento práctico en C.S. Nino*, Tesis de Doctorado, Directores: Atienza y Manero, 578 páginas, Facultad de Derecho Universidad de Alicante, España, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Alicante, 2002.

²² ALFARO MUIRHEAD, Christian. “Consideraciones generales de la dogmática-jurídico-penal y sus relaciones con el pensamiento del autor de la *Reinerechtslehre* (1934)”. Asociación Nacional de Magistrados de Chile, página web, 15 de abril de 2004 (trabajo realizado año 2002); primera versión en www.filosofíayderecho.com, Revista Telemática N° 5.

²³ Declaraciones precisas sobre la materia lo fueron las del Ex Presidente de la República, Senador Eduardo Frei Ruiz-Tagle, *El Mercurio*, p. C5, de 23 de septiembre de 2004. Estas fueron reiteradas, con gran firmeza y moderación, por la Senadora Carmen Frei, los días siguientes, en el mismo sentido.

jurídico-estatal²⁴ cuanto que, también, la necesidad imperiosa de una evidente resolución política a partir de la propia actividad jurisdiccional, sin apelación alguna acerca de su reconocimiento como acto manifiesto de relegitimación de su quehacer como auténtico poder del Estado, solidario con los otros poderes que la Constitución y un Estado de Derecho así establecen, en un marco indesmentible de sus propias e imprescindibles modernizaciones de orden institucional.²⁵

En suma, según veremos, las necesidades de la práctica en la continuidad de la *actividad jurisdiccional*,²⁶ más no necesariamente del puro orden jurídico, fue posible en definitiva en Chile, según creemos, por la asunción por la sociedad y los distintos poderes del Estado, ya de manera abierta y masiva algo más tarde, a través de determinadas ficciones jurídicas, de un primero muy tenue discurso argumentativo, claramente antiautoritario, como *única posibilidad de carácter institucional* que permitió a la sociedad chilena –de manera indefectible– pasar de una época cultural a otra, así como de un tipo de Estado a otro en el concierto de países de una comunidad internacional fuertemente globalizada. Ello, siempre, sin olvidar, como es natural, las más variadas y significativas dimensiones éticas así implicadas.

²⁴ [...] La primera función del secuestro era explotar el tiempo de tal modo que el tiempo de los hombres, el vital, se transformase en tiempo de trabajo [...] La segunda función consiste en hacer que el cuerpo de los hombres se convierta en fuerza de trabajo. La función de transformación del cuerpo en fuerza de trabajo responde a la función de transformación del tiempo en tiempo de trabajo [...] La tercera función de estas instituciones de secuestro, consiste en la creación de un nuevo y singular tipo de poder [...] pp. 141, Quinta Conferencia (La inclusión forzada: el secuestro institucional del cuerpo y del tiempo personal), en FOUCAULT, M. *Opus cit.* Nosotros por otra parte, agregaríamos una *cuarta función al secuestro*, el directo, con desaparecimiento de personas, como forma de permanente intimidación y disciplinamiento social por un periodo prolongado de tiempo en un determinado país, o conjunto de países, como ejercicio indisimulado del terror.

²⁵ Ver *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en los tiempos de globalización*. FIX-FIERRO, Héctor; FRIEDMAN, Lawrence; PEREZ PERDOMO, Rogelio. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie Doctrina Jurídica, N° 139; Primera Edición:2003, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.

²⁶ Presidente Ricardo Lagos destaca labor del *Instituto de Estudios Judiciales*. [...] El razonamiento jurídico del juez tiene esa mezcla de teoría y práctica, porque si bien tiene que ser tremendamente claro en su lógica normativa, debe estar orientado a toma de decisiones y resoluciones que tienen impacto entre partes, que no son otras que los ciudadanos con sus respectivos derechos [...] Uno percibe el tremendo esfuerzo que hace un sistema judicial que se pone al día en las transformaciones que tienen lugar en nuestra sociedad en el ámbito económico, educacional, laboral, de inserción en un mundo más complejo [...] Por ello me parece a mí que el Poder Judicial, como la institución tal vez más estable de la República, la más antigua, con sus 180 años de existencia, es capaz de combinar esa continuidad estructural que ha tenido a lo largo de nuestra historia, con los requerimientos de una sociedad que se moderniza y cambia [...] *Diario electrónico El Mostrador*, 24 de marzo de 2004, Santiago, Chile.

II

La ficción en la teoría general del derecho

En estas reflexiones no se tratarán directamente las entidades jurídicas ficticias, de las que se ocupara Bentham de manera ordinaria o común: el derecho natural, la equidad, las personas jurídicas.²⁷ Más bien nuestra exposición se abocará al tratamiento del fenómeno mismo de sus *significaciones* propiamente tales y que es dable extraer hoy de las ficciones jurídicas.

La expresión ficción jurídica es una voz multívoca, de esta forma hace referencia ya sea a una ficción legal, o a una entidad jurídica ficticia o ficcionada presente en la elaboración de la ciencia jurídica.²⁸ Por otra parte, debemos tener en cuenta que en ciertos contextos el uso de la voz ficción suele revelar una carga emotiva negativa,²⁹ como expresión opuesta a verdad y realidad.³⁰

Las ficciones en cuanto normas, son, pues, siempre, base para la acción.³¹ Más que a la correspondencia con la realidad de la proposición ficcionada, debemos atender siempre a un tipo de coherencia y al *sentido* que el uso de una determinada ficción está en condiciones de aportar y, muy precisamente, teniendo siempre en cuenta el contexto total en que a aquellas se las trata.

En cuanto a la estructura de las ficciones jurídicas si bien se ha postulado que la ficciones son en general órdenes dirigidas al juez, sostenemos la posición que postula a las ficciones como disposiciones cualificatorias, es decir normas que

²⁷ BENTHAM, Jeremy. *A comment on the Commentaries. A Criticism of William Blackstone's Commentaries on the Law of England*. Scientia, Aalen, 1976. Section II. BENTHAM, Jeremy. *Of Laws a in General*, edited by H.L.A. Hart, University of London, The Athlone Press, London, 1970, pp. 251-252, 294-295. Citado por HERNANDEZ MARIN, RAFAEL. *Ficciones Jurídicas*, en Revista Doxa N° 8, pp. 141 y ss.

²⁸ MORESO MATEOS JOSE JUAN. "Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis". En *Revista Doxa* N° 8, pp.129 y ss.

²⁹ *Ficción*. (Del lat. fictio, -onis) f. Acción y efecto de fingir. || 2. invención, cosa fingida. *Fingir* (Del lat. fingere) tr. Dar a entender lo que no es cierto. || 3. Simular, aparentar. *Fingimiento*. || 2. Simulación, engaño o apariencia con que se intenta hacer que una cosa parezca distinta de lo que es. || 3. Ficción artificiosa con que se encubre o disimula una verdad. En sitio web <http://www.rae.es>

³⁰ En este sentido Viehweg [...] si una deducción produce unos resultados que no son satisfactorios como respuesta a la cuestión central, es preciso interrumpirla por medio de una invención [...] VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, ediciones Taurus ediciones S.A., serie ensayistas-39, primera edición, Madrid, España, 1964, traducido por Luis Díez-Picazo Ponce de León del original Topik und Jurisprudenz, 1963 C.H. Beck'sche Verlags Buchhandlung, Munich.

³¹ Al respecto Ricoeur [...] las ficciones resultan interesantes, no cuando son meros sueños situados fuera de la realidad, sino cuando pueden dar forma a una nueva realidad [...] RICOEUR, Paul. *Ideología y utopía*, Editorial Gedisa, serie CLA.DE.MA., Filosofía, primera edición, tercera reimpresión, Barcelona, España, año 2001, pp. 324, traducido por Alberto L. Bixio, del original *Lectures on Ideology and Utopia*, Columbia University Press, New York, 1996.

atribuyen la cualificación *X*, o de no *X*, a todas las entidades de la clase *Y*, o que tengan tal propiedad. De aquí que se deriven a lo menos dos importantes consecuencias: las ficciones no obstante poseer una forma asertiva no son susceptibles de verdad o falsedad, así como que las ficciones se distinguen normalmente de las remisiones legales.³²

Para diferenciar las ficciones de las presunciones³³ diremos que las primeras son una actividad de la naturaleza propia de un orden narrativo, en tanto las segundas son una actividad típicamente lógica.³⁴ En un sentido fuerte, tratándose de una y otra.

Las ficciones no se basan necesariamente en la inferencia lógica; aquellas son siempre de índole narrativa de tal forma que *en ningún caso garantizan o están llamadas a garantizar el valor verdad in-mediata de la proposición ficcionada*.³⁵ Creemos que siempre, y por necesidad del mismo discurso jurídico, sólo bajo la perspectiva que estamos señalando, resulta justificado aceptar que en todos estos casos el juego de las ficciones no pudiera ser simplemente obturado mediante la aportación de algunos elementos de juicio de un exclusivo orden probatorio, de carácter argumentativo o lógico-sustantivo, e inclusive en contra de la proposición misma

³² En este sentido, Alejandro Guzmán Brito, *Sobre el objeto de las ficciones pretorias*, en Revista Chilena de Historia del Derecho, publicación del Centro de Investigaciones de Historia del Derecho, del Departamento de Ciencia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 17, 1978, Editorial Jurídica de Chile, pp. 9-19. Asimismo, ver, Hernán Corral Talciani, *Desaparición de personas y presunción de muerte en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, año 2000, sobre el particular, en una perspectiva privada del problema páginas 466 y ss.

³³ *Presunción*. (Del lat. *presumptio*, onis.) f. Acción y efecto de presumir. || 2. Der. Cosa que por ministerio de la ley se tiene como verdad. || *Presumir*. (Del lat. *praesumere*) Sospechar, juzgar, o conjeturar una cosa por tener indicios o señales para ellos. En sitio web <http://www.rae.es>

³⁴ Desde la perspectiva del derecho privado, algunos como Ruggiero señalan que la diferencia entre ficciones y presunciones radica en que el hecho presumido corresponde a lo que normalmente sucede, en cambio el hecho ficcionado corresponde a lo inusual. Es así como la norma civil que postula y manda tener la ley conocida por todos desde la fecha de su publicación, más que una presunción corresponde a una ficción legal, ya que la necesidad social de evitar la elusión del cumplimiento de las normas permite que se imponga la ficción de su conocimiento por el mero hecho de su publicación.

³⁵ Al respecto y desde otra perspectiva Perelman [...] La ficción es un procedimiento que consiste en un fingimiento, admitido por las partes, las conveniencias o el sistema social, que deja comportarse y, especialmente, razonar, como si ciertos hechos se hubiesen producido o no, contrariamente a la realidad. Cuando el fingimiento sólo es unilateral, estamos ante una mentira [...] Luego continúa [...] La ficción, la mentira, el silencio, sirven para evitar una incompatibilidad en el plano de la acción, para no tener que resolverla en el plano teórico. De esta manera, se suprime la incompatibilidad en la acción; pero evidentemente, a costa de nuevas incompatibilidades... La que se produce entre un pensamiento más o menos sistematizado y otro que se dispensa de buscar soluciones defendibles [...] PERELMAN, CH. y OLBRECHTS-TYTECA. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Editorial Gredos, Biblioteca Románica Hispánica, III, Manuales, 69, primera edición, traducción de Julia Sevilla Muñoz del original *Traité de L'argumentation. La nouvelle rhétorique*, quinta edición, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1989, pp. 311-312-313.

ficcional. Ello, como es obvio, salvo que se las contextualice o particularice, en definitiva, mediante una convencional política legislativa o acuerdo constitucional.³⁶

En este orden de ideas, las ficciones se asemejan a las presunciones, en lo que Ullmann-Margalit llama parcialidad, es decir, la norma elige a priori una solución para un caso dado, o clase de casos, excluyendo las demás soluciones posibles.³⁷

Las presunciones, desde esta perspectiva, gozan de un estatus más propiamente identificable en el nivel del análisis micro, al revés de la ficción, la que nos posibilita a transitar con relativa frecuencia en continentes argumentativos ya enteros y completos. O lo que es lo mismo, la no aportación de elemento probatorio alguno mantiene inalterable, sin más, *la operatividad de la ficción* en un sentido fuerte.

Para Rafael Hernández Marín, lo ficcionado es que ciertas normas alcanzan con relativa flexibilidad a una realidad que *prima facie* no están llamadas a cubrir o comprender, bajo determinados supuestos y contextos. Para otros en cambio, el objeto de la ficción aparece desde el principio de manera clara y limitativa, como una propiedad natural autocontradictoria con la realidad que se mienta y que no resulta comprensible en el tiempo, en definitiva, bajo respecto alguno en aquellas.

Sostenemos que uno de los propósitos de las ficciones en materia penal, sin alterar en momento alguno el *principio de legalidad*, es hacer aplicable una norma, una regla, a un caso nuevo, difícil; o, lo que es lo mismo, permite vincular una norma de la clase ya dicha con una realidad notoriamente distinta -desde un punto de vista del carácter excepcional que a aquella se le atribuye- a una situación que se la argumenta desde los valores como correspondiente a la que el tipo se refiere normalmente de manera concreta.³⁸ En este sentido las ficciones alcanzan la

³⁶ Así fue resuelta esta cuestión en la República Oriental del Uruguay luego de la experiencia de los años 1973-1984.

³⁷ En materia procesal, las ficciones morigeran la carga de la prueba de la parte que la invoca, respecto de la proposición ficcionada, en razonamientos complejos. En cuanto a los hechos operativos de la ficción éstos deben ser probados de acuerdo a las reglas generales sustantivas. De este modo podemos decir que la ficción puede ser obturada probando la no producción del hecho operativo, pero no puede ser destruida intentando probar en contra de la proposición ficcionada.

³⁸ [...] En general, son casos en que dentro de una cultura determinada comienza a disolverse un campo semántico organizado y determinado, dejando lugar a un campo organizado de forma diferente, de esta forma durante algún tiempo pueden co-existir campos semánticos complementarios o incluso contradictorios, el fenómeno es causa de confusiones, discusiones, estímulos creativos y *casi siempre caracteriza divisiones culturales que son al mismo tiempo divisiones políticas y de clase* [...] En este sentido ECO, Umberto. *Tratado de Semiótica General*, colección palabra en el tiempo, número 122, serie Biblioteca Humberto Eco, Editorial Lumen, quinta edición, pp. 130-131, Traducción de Carlos Manzano del original *A Theory of Semiotics*.

constitución de *figuras instrumentales dentro de un ordenamiento jurídico*, ya que permiten al intérprete que las usa superar situaciones del género que Alchourrón y Bulygin refieren como lagunas de conocimiento y de reconocimiento, ya sean de uno u otro tipo, o de ambos a la vez. De allí que la ficción, pudiera decirse, opera en casos límite o extremos, donde no existen o, al menos, no se tienen al alcance por el juez determinados elementos de juicio a favor o en contra de una particular determinación, los que resultan escamoteados precisamente por fuerzas refractarias o remanentes de claro sentido antidemocrático en un periodo de *transición*, primeramente, de un régimen jurídico de excepción constitucional a otro no autoritario.

La explicitación del razonamiento jurídico-judicial³⁹ está en íntima relación con la motivación de las sentencias, es decir, con la actividad donde el juez no solo debe explicar su decisión sino también justificarla; y, al hacerlo, no debe explayarse tan sólo sobre la base de planteamientos puramente de naturaleza ideológica o política. En la estructura del razonamiento, el juez debe vincular técnicamente los hechos con el derecho vigente. Hacerlo necesariamente con un *criterio de inmanencia* y de acuerdo al material normativo con el que efectivamente cuenta en un momento dado.⁴⁰ En esta actividad, de apariencia sencilla, de manera general los hechos son tratados como un conjunto finito de entidades naturales previamente construidas y que el juzgador sólo debe detectar, reconocer o apreciar con cierta objetividad, ya que le son dadas, es decir, se hallan presentes en el sujeto cognoscente sin mediación de ningún concepto.

Asimismo, los hechos deben ser tratados por el juez como *construcciones semánticas, lingüísticas y semióticas*. Esto es como unidades culturales. El juez no se entiende directamente con los hechos *brutos*, sino con proposiciones o enunciados relativos a hechos; a fin de cuentas, con *representaciones cognoscitivas* que denotan que algo ha acontecido en el mundo real. Es así, entonces, como se garantiza el carácter jurídico de las resoluciones de los tribunales; y, conjuntamente con la eliminación de la arbitrariedad, lo que se alcanza es la conformidad de la decisión con el *derecho nuevo* y su concordancia con otras normas sociales no jurídicas.⁴¹

³⁹ Sobre el razonamiento jurídico y su derrotabilidad ver Revista Doxa N° 24, año 2001. *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?* Juan Carlos Bayón y en el mismo número Ángeles Ródenas *En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas*.

⁴⁰ Lo anterior es sin perjuicio de la vigencia de los tratados internacionales suscritos por Chile sobre derechos fundamentales, a la luz de lo que dispone el artículo 5º, reformado, de la Constitución Política de la República de Chile de 1980. Ver Edición del Diario Oficial, dos tomos, de 1999. Asimismo ver Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003, hechos de 2002, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, primera edición, año 2003, especialmente ver páginas 138 y ss. de dicho informe.

⁴¹ En este sentido, AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, colección derecho y la justicia, Madrid, España, 1991, pp. 27, Traducido por Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling del original inglés, *The Rational as Reasonable, A Treatise on Legal Justification*, D. Reidle Publishing Company, 1987.

La ficción en el contexto del razonamiento jurídico-judicial es una premisa del mismo, en el sentido obvio que obliga al juez ficcionante, una vez que ha aceptado la ficción,⁴² es decir, la ha incorporado en las premisas de su razonamiento, imponiéndose como una exigencia de coherencia, de razonabilidad, adoptando una serie de acciones, procedimientos o estrategias destinadas a resguardar el statu quo que deriva de la proposición ficcionada. Dichas acciones no resultarían proyectables, en el sentido antes indicado, si la ficción no hubiese sido ya aceptada de uno u otro modo. Implícita o explícitamente. La propuesta legislativa —por otra parte— hecha por el ejecutivo al congreso y conocida como el “nunca más” o “no hay mañana sin ayer”, de mayo de 2003, referida a la superación política y moral de los acontecimientos vividos en Chile hace ya más de 30 años, desde el 11 de septiembre de 1973, dejan traslucir, también, una consideración, en perspectiva antropológica, de idéntico género.

Entendemos por aceptación una actitud del juez ficcionante en el sentido de decidirse usar la ficción como premisa de su razonamiento jurídico y de resolver decisivamente —en consecuencia— el caso conforme a la proposición ficcionada.⁴³ De esta manera la aceptación es perfectamente compatible con otras actitudes del ficcionante como las inferencias, perspectivas y proyecciones, en un momento dado, de una determinada cultura jurídica en particular.⁴⁴

En tanto, la aceptabilidad social de la ficción en el contexto de la sentencia implica, pues, necesariamente, la legitimidad de su fundamentación. Sin embargo, dado el carácter, dinámico, múltiple y plural de expresión de los fenómenos sociales en un estado democrático, ello nos permite avizorar, asimismo, la posibilidad que también pudiera ocurrir el hecho inverso; o, cuanto menos, limitar de manera consciente los alcances de la ficción antes lograda, es decir, que el statu quo creado primeramente, por las proposiciones ficcionadas, resulte nuevamente modificado, produciéndose, en consecuencia, una alteración en sus ritmos de esa inédita totalidad cultural así antes significada por aquella.⁴⁵

⁴² La ficción es, en cierto sentido, una voz activa; las ficciones se deciden, no se creen. Asimismo, las ficciones no se suponen, ya que su mera suposición no involucra acción. En este sentido, y con un concepto de aceptación parcialmente diferente, y refiriéndose siempre a las presunciones, en MENDONCA, Daniel. Presunciones, en Revista Doxa N° 21, Vol. 1, pp. 98.

⁴³ En este sentido, podemos decir que las ficciones imponen al juez ficcionante el deber de aceptar una proposición Y como verdadera siempre que otra proposición X se haya producido y probado. La proposición X podemos llamarla hecho operativo de la ficción y la Y como proposición ficcionada.

⁴⁴ Desde esta perspectiva, es lógicamente posible que un juez *accepte* la ficción del secuestro entendiéndolo como un delito de efectos permanentes y resuelva el caso conforme a ello, admitiendo o suponiendo la falsedad de la proposición ficcionada —víctima privada de libertad por treinta o más años— o que perciba la no necesidad de contar con juicio personal alguno a su respecto. Sobre este punto ver sitio web <http://www.senado.cl> en lo relativo al trámite legislativo sobre estas materias, al 11 de septiembre de 2004.

⁴⁵ Afirmamos totalidad cultural en el sentido referido por ECO, Umberto, con respecto a las unidades culturales [...] En todas las culturas una unidad cultural es simplemente algo que esa

De manera que un orden de coherencia creado por y para unos como correspondiente a una determinada institucionalidad, sea percibido por otros como una mera creencia falsa, resultando por ello reinterpretada de manera pertinente desde un punto de vista social diferente del anterior. La ficción es entonces reciclada, convertida en un mero mito, de baja densidad, donde este último ilustra un estatus no voluntario, hipostático, de razonamiento jurídico en el peor de los sentidos, renunciando de manera manifiesta tanto a la facultad o al poder interpretativo de los instrumentos y conceptos que subyacen a toda decisión genuinamente jurisdiccional como a su carácter de fuente creadora de derecho que inevitablemente también cabe reconocerse.⁴⁶

Ahora bien, la inclusión de una ficción en el contexto de un razonamiento jurídico-judicial como elemento justificatorio del mismo, implica que el juez ficcionante no puede satisfacerse únicamente con afirmar la existencia de la ficción o con afirmar que ficciona en tal o cual sentido; sino que, resulta también absolutamente indispensable, para justificar su decisión, que el ficcionante use en un cierto sentido mas o menos fuerte la ficción, al tiempo que incluya la proposición ficcionada y su legalidad en el discurso completo de su razonamiento, aventando así, objetivamente, cualquier atisbo de arbitrariedad.

Bajo esta idea, a nuestro juicio, el uso de una ficción para justificar una decisión implica que el juez ficcionante debe crear narrativamente un conjunto de proposiciones ficcionales a través de la ejecución del acto de producir ficción. De esta forma, resulta lícito decirlo, la ficción así lograda gana fuerza constructora de sentido y poder creador de realidad.

cultura ha definido como unidad distinta de otras y, por lo tanto, puede ser un personaje, una localidad geográfica, una cosa, un sentimiento, una esperanza, una idea, una alucinación [...] Existen unidades culturales que varían de "linde" según la cultura que las organice: el ejemplo clásico es el de nuestra "nieve", que en la cultura esquimal está descompuesta nada menos que en cuatro unidades correspondientes a cuatro estados físicos diferentes.[...] ECO, Umberto. *Tratado de Semiótica General*, colección palabra en el tiempo, número 130-131, serie Biblioteca Humberto Eco, Editorial Lumen, quinta edición, pp.112, Traducción de Carlos Manzano del original A Theory of Semiotics.

⁴⁶ Las ficciones constituyen, entonces, *cronotopos*; conexiones esenciales de relaciones temporales y espaciales, es decir, uniones indisolubles entre el espacio y el tiempo, —el tiempo como la cuarta dimensión del espacio—. Esto explica que el material jurisdiccional nunca sea inerte y neutro, sino hablante, opinante y significativo. La sentencia como todo texto se ubica en el espacio-tiempo de la cultura, donde también residen el sentenciador, los justiciables y los ciudadanos, aunque a veces, los tiempos y los espacios —culturales— sean diferentes, pero siempre el telón de fondo será el mundo unitario, el mundo creador del texto que es distinto del mundo representado por el texto. En este sentido, el juez como ente cultural de una ficción comunitaria produce enunciados de ficción —sentencias— que en estos aspectos no son más que aserciones o prescripciones fingidas, pero ello no excluye que sean al mismo tiempo otra cosa. Materialización de esto es la introducción de la noción del *tiempo absoluto* -sin pasado y sin futuro- que hace en la sentencia de agosto de 2004 la Corte Suprema de Argentina en su ordenamiento jurídico nacional. Sobre las ficciones desde la perspectiva del lenguaje, ver la obra de Gerard Genette, especialmente, su trabajo *Ficción y Dicción*, editorial Lumen, Barcelona, 1991.

*A todas luces, el carácter jurídico de las resoluciones de los jueces más que una expectativa de orden puramente legal se transforma así, o puede verse también, como un fenómeno de cultura.*⁴⁷

A través del razonamiento jurídico-judicial las ficciones transitan de la potencialidad del uso normativo del lenguaje a la acción. La ficción se constituye entonces, en un acto de habla ilocutivo realizado por el juez en su sentencia, donde el ficcionante, en virtud de la jurisdicción ejerce una acción sobre la realidad, a mitad de camino entre el demiurgo y el onomaturgo, y donde el efecto perlocutivo buscado es, en parte, el *poiein* aristotélico, es decir, producir sentido.

III

La ficción en un orden jurídico globalizado y en relación al derecho chileno

Por último, las ficciones jurídico-penales que operaron en Chile, de manera clara y determinante, en relación a un par de figuras delictivas llevadas a cabo por personal del Estado vinculado —de una u otra manera— al nacional-securitismo de los años setenta, comprendidas sus desquiciadoras secuelas posteriores, sirvieron, desde un punto de vista cultural, a un claro objetivo de política jurídica dentro de un escenario progresivamente democrático que se instalara en el país, a partir de marzo de 1990, y luego de complejísimas negociaciones de carácter político en el que, las partes intervinientes, tal vez debido a consideraciones más bien recientes de orden histórico, no alcanzaron sino acuerdos mínimos, referidos todos a cuestiones de procedimiento concernientes a las formas y los modos de dejar unos el poder, con ciertas garantías; y, los otros, hacerse del mismo, con un

⁴⁷ Para Aulis Aarnio [...] Las exigencias (o expectativas) de certeza jurídica están cumplidas si (a) puede evitarse la arbitrariedad y (b) el resultado coincide con el código valorativo, es decir, es "correcto" en el sentido sustancial de la palabra. Evitar la arbitrariedad significa aproximadamente lo mismo que previsibilidad. Más aún, *la previsibilidad puede ser definida por medio de la racionalidad. Todo procedimiento que satisface los criterios del discurso racional da como resultado decisiones previsibles.* [...] Otro asunto diferente es que la realidad no responde siempre —y ni siquiera habitualmente— a nuestro ideal. La vida social está llena de elementos ilógicos, de una persuasión muy indefinida, de secreto y del intento de influenciar a los demás. Todo esto es parte de la naturaleza de la vida. Sin embargo, la ideología jurídica (o el derecho en nuestra utopía) no puede ser construida sobre tales elementos, sin que importe cuán reales ellos puedan ser. Buscamos algo mejor, algo más. Por esta razón, *estamos justificados en considerar específicamente la aceptabilidad racional como una manera relevante de hablar de la validez del derecho* [...] AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, colección derecho y la justicia, Madrid, España, 1991, pp. 84, Traducido por Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling del original inglés, *The Rational as Reasonable A Treatise on Legal Justification*, D. Reidle Publishing Company, 1987. Los subrayados son nuestros.

mínimo de estabilidad. Las cuestiones de fondo, de orden constitucional y legal, prácticamente, no fueron alcanzadas por dichos acuerdos.⁴⁸⁻⁴⁹

En consecuencia, se vio claro, desde sus inicios, que el país, su ordenamiento jurídico, en su reinterpretación por los diferentes y más variados operadores, dentro del plexo total de las diferentes sensibilidades de naturaleza política o ideológica; debía, pues, transitar, por algún tiempo, más o menos prolongado y en relativo -al tiempo que- bastante preciso, disciplinamiento social y económico, de un sistema autoritario a otro de características jurídicamente opuestas, aunque siempre, dentro de un mismo ordenamiento normativo; que, con no pocas innovaciones, no obstante, se mantuvo incólume y pesadamente idéntico.

Ahora bien, réstanos destacar que la reinterpretación de las figuras penales de los artículos 141 y 142 del Código del Ramo, más allá de su discutible pertinencia, fueron las únicas que en lo esencial, desde el punto de vista del clima cultural y político requerido, posibilitaron con un mínimo sentido de inmanencia y criterio de realidad, el tránsito de uno a otro sistema de los antes referidos; habilitando, también, la superación espiritual y más definitiva, luego de una prolongada transición, de ese estado de excepción constitucional inaugurado en Chile desde el día mismo del 11 de septiembre de 1973.

Finalmente, atendidos los avances recientes en Chile, en lo relativo a los restablecimientos básicos de las confianzas en el interior de la sociedad, tanto civil como política, así como el claro, además de generalizado, concepto que se tiene respecto de las severas limitaciones estructurales del actual esquema de transición social, económica y constitucional,⁵⁰⁻⁵¹ es posible avizorar, digamos que con moderado optimismo, una comprensión mejor y más acabada de lo que culturalmente implica el desenvolvimiento de la sociedad toda, así como de su

⁴⁸ Mensaje, testimonio en la historia, 1971-1981. Selección de artículos de derecho y justicia, Editorial Aconcagua, Colección Mensaje, año 1981, Santiago Chile.

⁴⁹ ALFARO MUIRHEAD, Christian. *Notas sobre el establecimiento del ombudsman en el ordenamiento jurídico chileno*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Universidad de Valparaíso, dirigida por el Presidente en Chile de IVR, Dr. Agustín Squella Narducci*, 1996; segunda edición, ampliada de la original de 1989, publicada por la Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia, Chile, N° 2, de 1991.

⁵⁰ “Un permanente estado de excepción”: “Cabe llamar también la atención sobre el hecho de que por decisivas que sean las normas constitucionales en el resguardo de los derechos ciudadanos y en la organización y funcionamiento de los poderes públicos, nuestro país no depende de una Constitución. Lástima sería caer hacia finales del siglo XX en el fetichismo legalista de las postrimerías del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Después de Comte y de Marx, después de la sociología, después de la gran historiografía de los últimos 150 años no cabe ya la ingenuidad que supone la fe en el poder mágico de las constituciones”. El Mercurio, 10 de Septiembre de 1978. citado por DERMOTA, Ken. *Chile Inédito*, p. 187. Ediciones B, grupo Z, primera edición, Santiago, Chile, diciembre de 2002.

⁵¹ Para tiempos normales, bien cabe tener presente: MUÑOZ CONDE, Francisco. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, primera edición, Mayo de 2000, Buenos Aires, Argentina.

Estado, dentro de un ordenamiento jurídico cuya praxis resulte acorde con las exigencias de la globalización, al tiempo de experimentar su propia *identificación* en un perceptible proceso de relegitimación y configuración de *nuevas coherencias*, en dirección hacia realidades –por muchos conceptos- verdaderamente inéditas.