

Santiago, veintidós de mayo de dos mil dieciocho.

**VISTOS:**

Con fecha 29 de julio de 2016, Alfonso Videla Valdebenito, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, y 15 N° 2, segunda parte, del Código Penal, para que surta efectos en los autos sobre recursos de casación en la forma y en el fondo seguidos ante la Corte Suprema, bajo el Rol N° 34.392-2016.

**Preceptos legales cuya aplicación se impugna.**

El texto de los preceptos legales impugnados es el que sigue:

***“CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.***

*(...)*

*Libro Segundo.*

*DEL JUICIO ORDINARIO SOBRE CRIMEN O SIMPLE DELITO.*

*(...)*

*Segunda Parte.*

*DEL PLENARIO.*

*(...)*

*Título X.*

*DEL RECURSO DE CASACION.*

*(...)*

*3. Del recurso de casación en el fondo.*

*(...)*

***Art. 548. (587)*** *En los casos en que la Corte Suprema acoja el recurso deducido en interés del condenado, podrá aplicar a éste, como consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autoriza, una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada.*

*(...)”;*

**"CÓDIGO PENAL.**

**LIBRO PRIMERO.**

(...)

**TÍTULO SEGUNDO.**

**DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS.**

(...)

**Artículo 15.** *Se consideran autores:*

(...)

**2. ° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.**

(...);

**Síntesis de la gestión pendiente.**

El requirente expone que se ventilan actualmente ante la Corte Suprema, recursos de casación en la forma y en el fondo, respecto del fallo de segunda instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó en lo apelado y aprobó en lo consultado, la sentencia definitiva de primera instancia que dictara el 34° Juzgado del Crimen de Santiago, sustanciada por el señor Ministro en Visita Extraordinaria, don Mario Carroza Espinoza, que lo condenó a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa. Mas, el fallo que dictara el Tribunal de Alzada, junto con confirmar dicho quantum, hizo declaración de elevar la pena impuesta, a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, rechazando la aplicación del sistema penal ordinario en lo que respecta a la prescripción y sustituyó la determinación de autoría del encartado desde el artículo 15, numeral 3° del Código Penal, a la hipótesis prevista en su numeral 2°.

Los hechos por los que fuera sentenciado, enuncia el requirente, están referidos al esclarecimiento de las circunstancias de la muerte de don Miguel Emilio Estol Mery, cuyo deceso ocurrió en octubre de 1973, en razón de una investigación iniciada por impulso de la fiscalía judicial en enero de 2011.

Expone que la sentencia definitiva constató que el referido deceso se produjo dado un altercado en la vía pública, el que habría terminado con un disparo accidental en agosto de 1973, en que se había visto involucrado un hijo de la víctima. Por lo mismo, en octubre del mismo

año, se formó una patrulla militar que concurrió al que suponían correspondía al domicilio de esta persona. El occiso, al salir a ver qué sucedía, avanzó hacia los soldados y cayó producto de los disparos de fusil efectuados por otro sentenciado en la causa, don Víctor Muñoz Muñoz. A su turno, el requirente, a la sazón, capitán y jefe de patrulla, se dio cuenta del error en la identidad de la persona involucrada y habría resuelto de inmediato su traslado a un centro asistencial.

Los hechos referidos, agrega, demostraron ser alejados de otros casos que están relacionados con una política estatal de ataque sistemático a personas por razones de persecución y represión política. En este caso, más bien, habría una dinámica de consumación del delito distinta, alejada por ello de otros eventos que permiten una persecución penal más allá de los límites temporales del estatuto general de la prescripción.

Abunda en que la sentencia deformó el contenido de la alevosía, rehusando la aplicación imperativa de la prescripción penal en un caso que no puede ser considerado como delito de lesa humanidad. Junto a ello, al cambiar la calificación de autor desde el numeral 3° al 2°, ambos del artículo 15 del Código Penal, no fue claro en entregar los argumentos suficientes de dicha mutación.

Por dichas consideraciones, recurrió de casación en la forma y en el fondo para ante la Corte Suprema, constituyendo la gestión pendiente de estos autos.

### **Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.**

#### **1. Artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal.**

Conforme alega el requirente, la aplicación del precepto contenido en la enunciada norma, al implicar la facultad del tribunal de imponer una pena mayor a la ya establecida por el tribunal de instancia, cuestión conocida como *reformatio in peius*, implica una vulneración al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, por medio del cual se limita la competencia del tribunal que conoce del recurso sólo a los vicios o agravios reclamados por la parte que lo interpone.

Expone que ello implica diversas vulneraciones constitucionales. En primer término, desde el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, del Texto Fundamental, refiere que la tutela judicial efectiva, consistente en el deber de los tribunales de proteger los derechos e intereses legítimos de las personas, como parte integrante de la racionalidad y justicia del proceso es, por ello, parte integrante e inherente de la idea de debido proceso, que reafirma la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 8°, numeral 2°, literal h) y, 25, numeral 1°, materializado en el derecho al recurso efectivo. La institución de la *reformatio in peius* impediría su plena aplicación, dado que el tribunal que debe conocer de la impugnación por el agravio que le genera la sentencia de la instancia previa, excede el marco de acción -el perjuicio-, quedando la parte recurrente expuesta a un riesgo innecesario que vulnera la alegada garantía.

El derecho al recurso, agrega, debe ser entendido como parte de las garantías judiciales mínimas, el que no puede verse vulnerado por un riesgo como el ya descrito. Al otorgar una competencia exorbitante a la Corte, se ve reducida la posibilidad de reclamo de la parte por cualquier clase de agravio que ésta presente.

En segundo término, argumenta vulneración a la igualdad ante la ley de que trata el artículo 19, numeral 2° del Texto Fundamental. Expone que el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe la discriminación de hecho o de derecho, no sólo en lo que respecta a su articulado, sino que también en lo que se refiere a todas las leyes aprobadas por el Estado. Así surge el deber de éste de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y de la legislación interna.

Por lo anterior, la reforma peyorativa infringe la igualdad ante la ley, dado que sólo se aplica al condenado que haya deducido el recurso y no a los demás, a quienes sólo se les aplica la sentencia en cuanto les beneficia. Se trata, en consecuencia, de una discriminación injustificada.

En tercer apartado, la norma contenida en el artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, transgrede el derecho a ser oído, inherente también al concepto de debido proceso de que trata el artículo 19, numeral 3°, inciso sexto constitucional, que contempla el

derecho a expresar los agravios o vicios que tenga la sentencia. El precepto en cuestión, al permitir a la Corte exceder el marco del propio recurso y utilizar la revisión de la causa que se efectúa, a instancias del propio acusado y decidiendo algo completamente distinto, sobre puntos en los que el recurrente no ha tenido la posibilidad concreta de ser oído, vulnera, de paso, el derecho a defensa, garantía consagrada en el artículo 19, numeral 3°, incisos segundo y quinto de la Constitución Política, que, desde el artículo 5°, inciso segundo de la Carta Fundamental, también ha sido recogido en cuerpos internacionales, como son el artículo 1.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14.3, literal b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, el artículo 8.2, letra d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por último, estima que el precepto reprochado vulnera el derecho a un tribunal imparcial, elemento también integrante del debido proceso. Refiere que la aplicación de una pena superior por el tribunal que resuelve la casación, en razón de un vicio que favorece al condenado, implica que dicho adjudicado pierda su necesaria posición equidistante, inclinando su decisión en perjuicio de una de las partes, sin manifestación alguna de agravio, transformándose el tribunal en parte acusadora.

## **2. Artículo 15, numeral 2°, segunda parte, del Código Penal.**

El requirente, explicitando los razonamientos judiciales por los que el tribunal lo condenó en primera instancia, refiere que éstos pueden englobarse en tres líneas generales: a) una primera, en cuanto a que éste tuvo presencia en el sitio del suceso con el propósito de allanar un inmueble y detener a una persona identificada como José Estol Larraín; b) que el señor Videla no efectuó disparo alguno en dicha oportunidad; y, c) que el momento en que ocurre el delito investigado, no hubo orden alguna del actor en torno a disparar, hecho que, a la postre, ocasionó la muerte del señor Estol.

El tribunal de segunda instancia modificó la categoría de autoría del requirente, desde el artículo 15, numeral 3°, del Código Penal, al numeral 2° de dicha norma, bajo los mismos supuestos fácticos que fueran tenidos como ciertos, cuestión que, entre otras, motivó la

interposición de sendos recursos de casación en la forma y en el fondo.

En el caso concreto, las formas de intervención bajo las cuales se calificó la autoría no vienen dadas por la comisión de propia mano, ni tampoco por alguna forma de distribución del plan de ejecución del resultado. Por lo mismo, reseña que la aplicación contraria a la Carta Fundamental de este segundo precepto impugnado, viene dada por la imputación de un reproche personal que se basa en una conducta *prima facie*, ajena.

La primera hipótesis de la norma contenida en el artículo 15, numeral 2°, correspondiente a la denominada "autoría mediata", debe ser desechada desde ya, sostiene el actor. Siguiendo normativa a dicho respecto del Código de Justicia Militar, expone que existen razones de primacía institucional dadas por el deber de obediencia irrestricto del subordinado, por lo que existiría un déficit de responsabilidad del hombre de adelante. Al no ser acreditado que el requirente realizó orden de disparar alguna y, teniendo presente que el tribunal de alzada confirmó la condena del subordinado que sí actuó de propia mano, la categoría en análisis debe, sin más, ser desestimada.

La segunda posibilidad que admite la norma del artículo 15, numeral 2°, del Código Penal, corresponde a la "inducción", esto es, siguiendo a la doctrina a tal efecto, hacer nacer en otro la resolución de ejecutar un delito. Descartada la autoría mediata, el tribunal sólo pudo basar la responsabilidad del encartado en esta categoría, no obstante tener presente que el autor ejecutor actuó como sujeto libre.

La aplicación en comento, esto es, considerar al requirente como inductor, implicaría la vulneración de los estándares de fundamentación de las normas de intervención punible con principios y valores constitucionales. No se trata de que el artículo 15 del Código Penal, en sus diversas hipótesis, sea contrario a la Carta Fundamental, sino más bien, ello surge en su aplicación en el caso concreto.

Por lo mismo, analizando el principio de culpabilidad de que trata el artículo 19, numeral 3° de la Constitución Política, en tanto se prohíbe a la ley la presunción de derecho de la responsabilidad penal, se exige determinar el reproche en atención al grado de intervención en el

delito, cuestión que repercutirá en la magnitud de la pena en concreto.

Elemento basal del principio en cuestión es que toda responsabilidad descansa en un hecho propio. Así, el que lleva a cabo de propia mano el hecho punible, nunca lo realiza a nombre de otro, sino que ello ocurre como manifestación de un injusto personal. Por lo mismo, argumenta que aplicar la inducción como forma de reconducir a su respecto al reproche realizado a la acción de quien efectivamente dispara, implica obviar que a la conducta individual desplegada por el actor constitucional, nunca puso a éste en posición de evitar el resultado dañoso.

Así, se supera el estándar exigido para la imputación como hecho propio y, con ello, se vulnera el principio de culpabilidad, consagrado constitucionalmente.

**Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento.**

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 3 de agosto de 2016, a fojas 127, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 30 de agosto de 2016, resolución rolante a fojas 232.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fueron evacuadas las presentaciones que a continuación se enuncian.

**Observaciones del Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.**

A fojas 247, con fecha 22 de septiembre de 2016, el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, realiza observaciones a la presentación de fojas 1, instando por el rechazo de ésta en todas sus partes.

Como cuestión previa, refiere que el actor, a través de su presentación, traslada a esta sede constitucional una discusión doctrinaria con afán dilatorio.

**1. Artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal.**

Respecto a la primera de las alegaciones planteadas, sostiene que no es vulnerada la tutela judicial efectiva con la aplicación de la norma en comento. Para ello, tiene presente que la finalidad de un recurso de casación en el fondo es invalidar una sentencia que ha sido dictada con infracción de ley, subsanando los vicios producidos para la correcta aplicación del derecho, estableciendo así la integridad del ordenamiento jurídico, cuestión que tiene mayor peso en circunstancias en que la Corte Suprema, como tribunal de mayor jerarquía, corrige e interpreta el derecho que debe ser aplicado por los tribunales de inferior jerarquía. Ello en ningún caso implica perjudicar al recurrente.

En segundo término, en lo que respecta a las alegaciones respecto a la igualdad ante la ley, sostiene que ésta corresponde al sometimiento de todas las personas a idéntico estatuto jurídico, sin efectuar distinciones en razones no admitidas por el ordenamiento. De existir un aumento de penas, como alega el actor, ello se deberá solamente a que en el marco del proceso no se aplicó correctamente el derecho, lo que en caso alguno podría significar una discriminación ilegal y arbitraria.

En lo concerniente a la presunta vulneración al derecho a ser oído, sostiene que el conocimiento de un recurso no es más que la culminación de un proceso que se ha llevado conforme a la legalidad vigente, interpuesto en contra de la sentencia dictada por un órgano que ejerce jurisdicción, fundada en un proceso previo legalmente tramitado.

Respecto al precepto reprochado, agrega que la norma contenida en el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal no incide de manera directa en el incremento del rigor sancionatorio, el que tiene fundamento en los antecedentes del proceso y en el ejercicio deliberativo que debe efectuar el adjudicador desde la norma, en consistencia con los hechos examinados.

**2. Artículo 15, numeral 2°, segunda parte, del Código Penal.**

Respecto a la segunda norma reprochada, el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, expone que el actor, en parte alguna

realiza el ejercicio específico de confrontar la norma con el articulado constitucional, dedicándose más bien en su libelo a analizar la prueba rendida en la causa penal y cómo los sentenciadores se formaron convicción de autoría a su respecto.

En lo que refiere al análisis en torno a una presunta vulneración al principio de culpabilidad, sostiene que ésta debe ser desestimada. La hipótesis de autoría mediata ha sido desarrollada en extenso por la ciencia penal alemana, recibida en nuestro país desde ya largo tiempo, con la finalidad de establecer mecanismos de cobertura de quienes han tenido participación punible en crímenes y simples delitos, entendiéndose que dicha injerencia puede darse de un modo directo o, bajo la hipótesis mediata. Trasladar la discusión doctrinaria ante la sede constitucional, sólo guarda un afán dilatorio.

Por estas consideraciones, solicita el rechazo de la presentación de fojas 1, en todas sus partes.

#### **Observaciones de la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP).**

A fojas 259, con fecha 23 de septiembre de 2016, la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP), evacúa traslado respecto de la presentación de fojas 1, solicitando el rechazo de ésta.

#### **1. Artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal.**

En primer término, sostiene que la norma reprochada ha sido previamente declarada por esta Magistratura, conforme con la Constitución Política. Sostiene que en la causa Rol 1250-08, el Tribunal Constitucional estimó que el recurso de casación no sólo busca dar eficacia al sistema jurídico, sino que también consagrar la igualdad ante la ley. Así, reseña que es perfectamente posible, siguiendo el lineamiento de la sentencia en comento, que el tribunal en conocimiento del recurso de casación no sólo asegure la correcta aplicación e interpretación de las normas, sino que señalar que no se aplicaron correctamente las circunstancias agravantes de responsabilidad penal, debiendo ajustarse el caso en

concreto con la legislación penal, pudiendo para ello aumentar la pena.

Agrega que en caso alguno la Corte Suprema podría ser parcial, como sostiene el requirente. Si dicho tribunal aplica la norma reprochada es porque ha existido algún fundado motivo jurídico. Incluso, de no existir el artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, la Corte Suprema todavía, amparándose en el artículo 785, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, podría anular el fallo de oficio y dictar una sentencia de reemplazo que podría elevar o bajar la pena.

## **2. Artículo 15, numeral 2°, segunda parte, del Código Penal.**

En lo concerniente a la segunda norma reprochada, la Agrupación de Ejecutados Políticos recuerda que en la Corte Suprema, en la vista de la causa que constituye la gestión pendiente, se discutirá respecto a la aplicación de la figura de la autoría mediata. Así, ésta es una cuestión que debe ser decidida y establecida por los jueces de la instancia o, en su momento, por una corte de casación como lo es dicho Tribunal y no, por esta sede contenciosa constitucional.

Expone que el requirente viene a plantear a esta sede una cuestión en torno al estatuto aplicable al caso concreto, dado que no está de acuerdo con la fundamentación ni el cambio de criterio en los niveles de participación penal. Ello, al ser una discusión sustantiva penal, que implica tener por probadas ciertas circunstancias fácticas, excede con creces el análisis que debe realizar esta sede.

### **Vista de la causa y acuerdo.**

Con fecha 7 de marzo de 2017 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por la parte requirente, el abogado don Cristián Arias Vicencio; por el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la abogada doña Lilian Díaz Calvillo; y, por la Agrupación de Ejecutados Políticos, el abogado don Francisco Jara Bustos. A su turno, en Sesión de Pleno efectuada con posterioridad, se adoptó acuerdo de rigor.

**CONSIDERANDO:**

**I. EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SOMETIDO A LA DECISIÓN DE ESTA MAGISTRATURA.**

**PRIMERO:** Que el abogado Cristián Arias Vicencio, en representación de Alfonso Videla Valdebenito, ha deducido requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal y 15 N° 2°, del Código Penal. La impugnación se plantea respecto de la causa de que conoce actualmente la Corte Suprema, Rol N° 34.392-2016, en razón de los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el actor en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 6 de mayo de 2016. Esta última resolvió los recursos de apelación y casación en la forma interpuestos en contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Ministro Instructor, don Mario Carroza Espinoza, en los autos Rol N° 215-2011, del 34° Juzgado del Crimen de Santiago;

**SEGUNDO:** Que, con miras a entender cabalmente el conflicto constitucional planteado en esta oportunidad, conviene precisar que la sentencia dictada por el Ministro Mario Carroza, con fecha 7 de enero de 2016, condenó a Alfonso Videla Valdebenito a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares, así como a las costas de la causa. Lo anterior, como autor del delito de homicidio calificado de Miguel Estoy Mery, hecho ocurrido el 23 de octubre de 1973, en la ciudad de Santiago (fojas 75).

La defensa del condenado recurrió de casación en la forma y apelación, los que fueron fallados por la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago. En la parte resolutive de ese fallo se lee que no se dio lugar al recurso de casación en la forma y que, resolviendo el recurso de apelación, se confirmó la sentencia apelada aprobando, en lo consultado, la sentencia de 7 de enero de 2016, con declaración de que *“se eleva la pena impuesta al sentenciado Alfonso Gabriel Videla Valdebenito, de siete años de presidio menor en su grado mínimo, a la pena de diez años y un día de presidio de la misma naturaleza, pero, en su grado medio, manteniéndose las*

*penas accesorias impuestas en la sentencia de primera instancia (...).*" (Fojas 80).

Contra la referida sentencia del tribunal de alzada y con fecha 23 de mayo de 2016, la defensa del requirente dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo para ser resueltos por la Corte Suprema, constituyendo ésta - como ya se refirió- la gestión pendiente en que se solicita la inaplicabilidad de los preceptos legales impugnados en esta sede.

En lo que dice relación con el recurso de casación en la forma, éste se fundamenta en la causal contemplada en el artículo 541 N° 9 del Código de Procedimiento Penal, en relación con sus artículos 500 N° 4 y 5. Esto es, por no haberse dictado la sentencia en la forma prevista por la ley, en cuanto atribuye una determinada categoría de participación al condenado con la que no concuerda (fojas 100 a 105).

Por su parte, el recurso de casación en el fondo se basa en las causales de los numerales 2° y 5° del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, al calificar la sentencia de primer grado -confirmada por la de segundo grado- como delito alevoso (delito de lesa humanidad) el cometido en la especie, lo que ha impedido aplicar la prescripción de la acción penal (fojas 110 y 113);

**TERCERO:** Que, en lo referente al fundamento de las impugnaciones que plantea el requirente, aquella que incide en el artículo 548, inciso primero, del Código Penal dice relación con que su aplicación, en la gestión de que conoce la Corte Suprema, permitiría imponer al condenado una pena mayor a la establecida por el tribunal de la instancia, configurando la denominada *reformatio in peius* o reforma peyorativa (fojas 8). Agrega el actor que esta institución vulnera, desde el punto de vista dogmático, el principio *tantum devolutum quantum*, que limita la competencia del tribunal que conoce del recurso a los vicios o agravios actualmente reclamados por la parte que lo interpone, lo que envuelve una vulneración a los incisos segundo y sexto del artículo 19 N° 3° de la Constitución Política, así como a los numerales primero y segundo, letra h), del artículo 8° y al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada dentro del bloque de constitucionalidad en razón de la aplicación del artículo 5° de la Carta Fundamental (fojas 8 y 10). Al mismo tiempo, y en base a los mismos fundamentos normativos, contraría los derechos a ser oído

y a la defensa en cuanto el recurrente no ha tenido la posibilidad concreta de ser oído sobre aquel punto de derecho incorporado de oficio por el tribunal y que, ciertamente, lo perjudicará (fojas 16).

A su turno, la aplicación del aludido artículo 548 importaría una transgresión al derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el numeral 2° del artículo 19 constitucional en la medida que conlleva una discriminación arbitraria al aplicarse sólo al condenado que haya deducido el recurso y no a los demás, a quienes se aplica la sentencia estimatoria en cuanto los beneficia (fojas 14).

Por último, la norma impugnada sería contraria a la imparcialidad del tribunal, que es parte del derecho al debido proceso legal (artículo 19 N° 3°, inciso sexto, constitucional), en tanto la aplicación de una pena superior por el tribunal que resuelva la casación en razón de un vicio que favorece al condenado permite que el órgano decisor del recurso pierda su posición neutral frente a las partes y aún respecto de dos condenados diversos, como ocurre en este caso (fojas 17);

**CUARTO:** Que, respecto de la segunda impugnación referida al artículo 15 N° 2 del Código Penal (segunda parte o hipótesis), ella dice relación con la recalificación de la autoría del requirente desde la hipótesis del numeral 3° de dicha norma a la del numeral 2° efectuada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Ello, en cuanto habría existido una "inducción" a cometer el delito por el cual resultó condenado. En el caso concreto de que se trata, el actor postula que la recalificación de la autoría resultaría incompatible con el principio constitucional de culpabilidad que se encuentra acogido en el artículo 19 N° 3°, inciso octavo, de la Carta Fundamental así como con la limitación genérica al *ius puniendi* dada por el valor de la dignidad humana. Del mismo modo, se afectaría el principio de proporcionalidad recogido a través de la prohibición de exceso que se desprende del artículo 19 N°s 2° y 3° de la Carta Fundamental (fojas 35 y 36).

Lo anterior porque, en la especie, se ha obviado el elemento más importante de la culpabilidad: que el reproche siempre debe presuponer la posibilidad de poder actuar distinto (fojas 38);

**QUINTO:** Que, para la debida inteligencia de este fallo, ambos reproches serán analizados por separado, decidiéndose, en primer término, la impugnación al artículo 15 N° 2, segunda parte, del Código Penal.

## **II. IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 15 N° 2, SEGUNDA PARTE, DEL CÓDIGO PENAL.**

**SEXTO:** Que el fundamento del reproche referido al artículo 15 N° 2, segunda parte, del Código Penal, se refiere a la recalificación de la autoría del condenado efectuado por la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago desde el N° 3 de ese cuerpo legal al numeral señalado. Esta recalificación afectaría los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en cuanto prohibición de exceso asegurados en el artículo 19 N°s 2° y 3° de la Carta Fundamental;

**SÉPTIMO:** Que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de mayo de 2016, recurrida de casación, efectivamente sustituye, en el considerando octavo y en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, la cita del artículo 15 N° 3 del Código Penal, por la del N° 2 del mismo Código (considerando 4°, fojas 78).

Dicho cambio se fundamenta en la existencia de un error en la cita legal y en la constatación de que *"el acusado Videla dio órdenes a los demás integrantes de la patrulla militar que comandaba para detener y eventualmente causar la muerte de una persona -quienes dieron muerte al padre de aquella-, por lo que debe considerar autor conforme al artículo 15 N° 3 del Código Penal; y en el considerando décimo, que Videla siempre tuvo el dominio de la acción, y si bien no disparó, se valió de la voluntad de los otros medios de la patrulla para comisión (sic) del delito de homicidio."* (Considerandos 2° y 3°, fojas 77 y 78);

**OCTAVO:** Que de la relación efectuada puede colegirse que el requirente, en realidad, está planteando una disconformidad con lo razonado por el tribunal de alzada al resolver los recursos de casación y de apelación que él mismo dedujo, lo que no podría ser resuelto en sede de inaplicabilidad por no ser ésta la instancia apta para revisar las resoluciones judiciales.

Por lo demás, la naturaleza de la autoría atribuida al requirente en el delito de que se trata se encuentra controvertida a través del recurso de casación en la forma

deducido por él mismo (fojas 82 a 85), lo que viene a corroborar que se trata de una materia que es de resorte del juez de fondo atendido que forma parte del proceso de subsunción que debe realizar;

**NOVENO:** Que, por las razones consignadas, este Tribunal rechazará la acción deducida en lo que se refiere a la impugnación del artículo 15 N° 2, segunda parte, del Código Penal, y así se declarará.

### **III. IMPUGNACIÓN DEL ARTÍCULO 548, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.**

**DÉCIMO:** Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*;

**DECIMOPRIMERO:** Que el artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, prescribe, en su letra g) que son atribuciones del Presidente de esa Magistratura *“[d]irimir los empates, para cuyo efecto su voto será decisorio, salvo en los asuntos a que se refieren los números 6° y 7° del artículo 93 de la Constitución Política”*;

**DECIMOSEGUNDO:** Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, y después de cumplidas las medidas para mejor resolver, se procedió a votar el acuerdo respecto de la impugnación al artículo 548, inciso primero, obteniéndose el siguiente resultado:

**Estuvieron por acoger** el requerimiento respecto de la norma indicada, los Ministros señores **Iván Aróstica Maldonado (Presidente)**, señora **Marisol Peña Torres** y, señores **Juan José Romero Guzmán**, **Cristián Letelier Aguilar** y **José Ignacio Vásquez Márquez**.

**Estuvieron por rechazar** el requerimiento en relación con la misma norma, los Ministros señores **Carlos Carmona Santander**, **Gonzalo García Pino** y **Domingo Hernández Emparanza**, señora **María Luisa Brahm** y, señor **Nelson Pozo Silva**;

**DECIMOTERCERO:** que, según se indica en el considerando precedente, se ha producido empate de votos,

con lo cual, atendido el quórum exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y teniendo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento, respecto del artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido.

Los fundamentos de los votos respectivos son los siguientes:

#### A. VOTO POR ACOGER EL REQUERIMIENTO.

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente), señora Marisol Peña Torres, y señores Juan José Romero, Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez, estuvieron por acoger el requerimiento deducido, en lo que respecta al artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, por las razones que se consignan a continuación:

1°. Que, previo a la decisión del presente conflicto constitucional, resulta preciso hacerse cargo de algunas alegaciones planteadas por las otras partes del proceso y que inciden, de alguna forma, en la competencia de este Tribunal;

2°. Que la Agrupación de familiares de Ejecutados Políticos (en adelante AFEP) afirma, a fojas 260, que uno de los preceptos reprochados en el presente requerimiento -el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal- ya fue declarado conforme con la Constitución por este Tribunal en su sentencia Rol N° 1250, de 14 de mayo de 2009, lo que debiera llevar a rechazar la acción deducida en este punto.

Sobre el particular, es necesario señalar que, efectivamente, esta Magistratura emitió un pronunciamiento sobre el artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, en la sentencia ya aludida. En ese caso, la acción de inaplicabilidad fue rechazada en votación dividida.

Con todo, y como reconoce la misma AFEP, ***“salvo su alegación sobre la imparcialidad del tribunal, todas y cada una de las críticas al contenido del artículo 548***

*inciso primero del Código de Procedimiento Penal son objeto del requerimiento conocido, y del fallo pronunciado por el Excelentísimo Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 1.250-08-INA" (fojas 261). (Énfasis agregado).*

Bastaría, en consecuencia, quedarse con la primera parte de lo afirmado precedentemente para concluir que no se trata de requerimientos idénticos respecto de los cuales pueda operar la cosa juzgada en lo que dice relación con la constitucionalidad del referido artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal.

A mayor abundamiento, es preciso advertir que la naturaleza de la acción de inaplicabilidad es la de un control concreto de constitucionalidad que persigue la inaplicación de un precepto legal que resulte contrario a la Constitución en una determinada gestión judicial sustanciada ante un tribunal ordinario o especial. Desde esta perspectiva, nada obsta a que el Tribunal se pronuncie sobre la aplicación de la misma norma legal en diferentes gestiones pendientes, pues ésa es la consecuencia que importa el tener la naturaleza de un control concreto. Por ello es que, a lo largo de los doce años en que se han fallado este tipo de acciones, se han dictado tanto sentencias estimatorias como desestimatorias de un mismo precepto legal (por ejemplo, del artículo 299 N° 3° del Código de Justicia Militar), atendidas las particularidades que rodean cada caso en particular.

Por las consideraciones señaladas, estos Ministros rechazarán esta alegación y entrarán a pronunciarse sobre el requerimiento deducido, no obstante su decisión previa en la sentencia Rol N° 1250;

3°. Que, por otra parte, y acogiendo los planteamientos formulados por el Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y por la AFEP, no corresponde que este Tribunal subroque al juez ordinario en la tarea de subsunción que le corresponde, en este caso, la Corte Suprema. De allí que no se abordarán cuestiones relativas a la tipificación del delito cometido o al grado de participación que, conforme a las pruebas producidas durante el proceso penal, hayan sido determinantes para la condena del requirente;

4°. Que, finalmente, y a diferencia de lo planteado en autos por el Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y por la Agrupación de Familiares de Ejecutados Políticos (AFEP), a

fojas 260, no corresponde a este sentenciador pronunciarse sobre las intenciones o propósitos que puedan animar a los requirentes a ejercer una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales. Por el contrario, esta Magistratura, en virtud del deber de inexcusabilidad que la guía, está llamada a ejercer las competencias que la Constitución le ha confiado cada vez que se le requiera dictando las resoluciones que en derecho corresponda siempre y cuando se sorteen adecuadamente las exigencias de admisibilidad que prevé la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura. En ello, como puede observarse, no hay espacio para calificar las intenciones ni menos para distinguir entre tipos o clases de requirentes;

5°. Que lo anterior no debe interpretarse como un desdén hacia las obligaciones internacionales que pesan sobre nuestro Estado derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino más bien, como un potenciamiento de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un debido proceso legal que nuestra Carta Fundamental reconoce a toda persona sin distinción.

#### **1. De la *Reformatio in Peius*.**

6°. Que, al impugnar la aplicación del artículo 548, inciso primero, del Código Procesal Penal, el requirente plantea, como argumento central, el riesgo de que se consolide, a su respecto, la imposición de una pena mayor a la impuesta por la sentencia de segunda instancia de la cual se recurre. Tiene presente, asimismo, que ya la Corte de Apelaciones de Santiago elevó la pena asignada, en primera instancia, por el Ministro en Visita Extraordinaria, configurando una *reformatio in peius*. Ello hace necesario referirse, primeramente, al contenido y alcances de esta institución;

7°. Que, desde el punto de vista doctrinal, se sostiene que la *reformatio in peius* o reforma peyorativa es aquella situación "que se produce cuando la posición jurídica de la parte procesal que interpone un recurso resulta empeorada como consecuencia de su propio recurso, vale decir, sin que la contraparte haya impugnado la resolución en forma directa o incidental y sin que el empeoramiento se deba a potestades de actuación de oficio del órgano jurisdiccional." (Nogueira, Humberto (2004). "Elementos del bloque constitucional del acceso a la jurisdicción y debido proceso provenientes de la

Convención Americana de Derechos Humanos". En: Revista Estudios Constitucionales, Año 2, N° 1, pp. 146-147);

8°. Que, en concepto del Tribunal Constitucional de España, por su parte, "*es opinión comúnmente admitida entender que la interdicción de la reforma peyorativa constituye un principio general del Derecho procesal. Lo es, en primer lugar, como consecuencia de la regla expresada en el brocardo tantum devolutum quantum appellatum, cuya vigencia en nuestro Derecho no puede discutirse.* Se entiende así que es la impugnación de una sentencia lo que opera la investidura del Juez Superior, que determina la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos con la limitación determinada por la pretensión de las partes." (STC 4/1985, de 8 de julio);

9°. Que, desde el punto de vista de sus alcances, la prohibición de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa es un principio general del proceso y un elemento integrante de los derechos a la defensa y al debido proceso legal. Así, el respeto a esa prohibición contribuye a impedir que quien deduce un recurso quede en indefensión al extender el Tribunal su pronunciamiento sobre puntos respecto a los cuales no ha tenido posibilidad de defenderse.

Por ello es que Julián López M. sostiene que, "*en materia procesal penal, la prohibición de la reformatio in peius ha sido frecuentemente considerada como una garantía constitucional vinculada no solamente al principio dispositivo sino también al derecho de defensa. El vínculo surge, aquí, del carácter sorpresivo que tendría para el recurrente la sentencia. En este sentido [y siguiendo a Maier] se ha dicho que "si alguien no dice que la sentencia es injusta y por qué es injusta (recurre expresando sus motivos), al imputado y su defensa les resulta imposible contradecir (defenderse del recurso, oponiéndose al resultado pretendido), razón por la cual el fallo sería sorpresivo, extra o ultra petita, y el tribunal ad quem conocería de oficio, sin excitación extraña a él."* ("Sobre la prohibición de la "reformatio in peius" y la nulidad parcial de las sentencias en materia penal." En: Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2008, N° 6, noviembre 2009. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, p. 71).

El mismo autor, junto a María Inés Horvitz, plantea que, en todo caso, la prohibición de la *reformatio in*

*peius* no debe verse sólo como una expresión particular del derecho de defensa del imputado, pues admite expresamente que beneficie también a las partes acusadoras. Destacan, no obstante que, “en cuanto garantía, sólo puede jugar a favor del imputado y, en consecuencia, los recursos interpuestos por el acusador debieran permitir modificar o revocar la decisión que resulte favorable al imputado si ello es lo que corresponde conforme a los principios de legalidad y culpabilidad.” (“Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 238);

10°. Que, siguiendo las consideraciones que preceden, puede sostenerse que el problema que presenta la *reformatio in peius* para quien deduce un recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, es que la sola interposición del recurso genera el riesgo de elevar la pena impuesta a su respecto, lo que lo dejaría en una situación más desfavorable que la que tendría de no haber recurrido.

De allí que, como sostuviera el voto disidente en la sentencia Rol N° 1250, la *reformatio in peius* constituye “una condición de orden sancionatorio que entraba el libre ejercicio del derecho al recurso, bajo el miedo de aumentarse la condena, a tal punto que llama a no recurrir y renunciar al recurso habiendo condena, lo que atenta contra la garantía esencial del derecho al recurso, pues amedrenta gravemente el ejercicio legítimo del derecho a la revisión de la sentencia por un tribunal superior y lo inhibe de manera no razonable e injustificada” (considerando 4°). Por ello es que “el alcance del derecho al recurso implica que la proscripción de la *reformatio in peius* se encuentra implícita en la normativa constitucional, ya que el Estado no puede sancionar el ejercicio del derecho al recurso, más aún cuando el artículo 5° de la Carta Fundamental lo conmina no sólo a respetar sino también a promover dicho derecho” (Ibídem).

Lo que se viene afirmando permite entender, asimismo, la vinculación entre la *reformatio in peius* y el derecho al recurso. En efecto, y como sostuviera el voto disidente recaído en la sentencia Rol N° 2625, “prohibir el agravamiento de la situación del recurrente es una consecuencia directa y necesaria del objeto defensivo del recurso, esto es, obtener una ventaja o disminuir el agravio” (considerando 3°). (El subrayado es nuestro);

## **2. Reconocimiento constitucional de la prohibición de la *reformatio in peius*.**

**11°.** Que, en la perspectiva de lo que se viene razonando, debe revisarse la doctrina que esta Magistratura sentara en la sentencia Rol N° 1250 en el sentido que *"ningún precepto de nuestra Carta Fundamental ni tampoco la norma que él cita de la Convención Americana de Derechos Humanos impiden expresamente la reforma peyorativa por parte de las sentencias que un tribunal superior expida en revisión de una de primera instancia"* (considerando 6°).

En efecto, el examen literal de las normas de nuestra Constitución como de las de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable a los juzgamientos que se realizan en Chile en virtud de lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo, constitucional permite sostener que la prohibición de la *reformatio in peius* no encuentra un reconocimiento expreso en ellas.

No obstante, y tal como este Tribunal lo ha afirmado, por ejemplo, a propósito del derecho de acceso a la información pública (STC roles N°s 634, 1732, 2558, 2153 y 2246) o los tribunales ordinarios lo han hecho a propósito del derecho a la propia imagen (por todas, sentencia Corte Suprema Rol N° 37821-2017, de 2 de enero de 2018), el no reconocimiento expreso de un derecho fundamental no constituye un obstáculo para que los jueces reconozcan su contenido a partir de la configuración amplia de otros derechos que sí han sido recogidos expresamente por la normativa nacional o internacional.

Esta forma de interpretar las normas constitucionales no es sino una expresión del principio *pro homine* o *favor persona* que siempre obliga al juzgador a buscar aquella interpretación que mejor favorezca el derecho de un justiciable, con mayor razón atendido el carácter amplio de las disposiciones constitucionales cuyo contenido se va delimitando por los operadores del derecho teniendo presente, además, que los derechos fundamentales no son sino una emanación de la dignidad que caracteriza a toda persona;

**12°.** Que, en este sentido, debe tenerse presente que el artículo 19 N° 3°, inciso sexto, de la Constitución asegura a toda persona el derecho a un debido proceso legal que obliga al legislador a establecer siempre las

garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Al respecto, este sentenciador ha afirmado que *“la noción de debido proceso como garantía constitucional judicial tiene una vertiente formal y otra sustantiva. Desde el ángulo formal, consiste en que toda decisión de un órgano jurisdiccional debe ser el resultado de un proceso previo, ante tribunal competente realizado conforme a un procedimiento **que asegure posibilidades básicas de defensa**, orgánica y funcionalmente, tanto para definir derechos civiles como cuando se enfrenta una acusación de naturaleza penal. Sustantivamente, debido proceso significa que tal decisión jurisdiccional terminal debe ser racional en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, que no en criterios arbitrarios”* (STC roles N°s 2137, c.5°; 2723, c. 5°; 2798, c. 6° y 3365, c. 3°). (Las negritas son nuestras).

Al mismo tiempo, ha señalado que *“El adverbio “siempre”, utilizado en el segundo párrafo del inciso quinto [sexto] del numeral 3° del art. 19 CPR, traza la amplitud que el deber del legislador tiene para establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, la que se extiende a toda actividad jurisdiccional.”* (STC Rol N° 699, c. 4°).

Como puede observarse, la garantía del debido proceso legal encuentra su fundamento último en la proscripción de la arbitrariedad en el juzgamiento así como en la necesidad de asegurar la plena igualdad de las partes en aplicación del principio contradictorio.

Por su parte, el derecho de defensa al que alude el inciso segundo del artículo 19 N° 3° de la Carta Fundamental no sólo cobra importancia al ejercerse la acción (tutela judicial efectiva) sino que, también, al desarrollarse el proceso (debido proceso legal) a fin de que la pretensión planteada a través de la acción procesal sea encausada a través de un procedimiento que cumpla con los estándares de racionalidad y justicia en la forma que ya se ha explicado;

**13°.** Que la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por Decreto Supremo N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991, y publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de ese año, señala, en su artículo 8.1, que *“Toda persona tiene derecho a ser*

*oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado el alcance de este "derecho a ser oído" sosteniendo que *"implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido."* (Sentencia caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, reparaciones y costas, 13 de octubre de 2011, p. 122).

La Corte ha puntualizado, asimismo, que los Estados Partes de la Convención Americana son libres para determinar el sistema procesal penal que consideren preferible, pero en la conformación y sustanciación de los procesos deben observar las garantías establecidas en la Convención. (Sentencia caso Fermín Ramírez contra Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, de 20 de junio de 2005, p. 66).

El derecho a ser oído con las debidas garantías, garantizado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos debe ser complementado con lo previsto en su artículo 8.2 que, además de consagrar la presunción de inocencia, asegura las garantías mínimas que le deben ser respetadas a toda persona inculpada de delito. Entre ellas el derecho del inculpado al tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa;

**14°.** Que, en base a las normas que se han venido recordando, puede afirmarse que la prohibición de la *reformatio in peius* constituye una expresión del derecho de defensa en juicio que forma parte del debido proceso legal. Específicamente, la posibilidad de que, al recurrir de una decisión judicial, el inculpado o condenado en un

proceso penal pueda experimentar un agravamiento de su situación, se transforma en un serio obstáculo para ejercer esa modalidad de su derecho a defensa. Aún más, puede importar la vulneración del principio de coherencia o de congruencia en materia procesal que también repercute en su derecho de defensa, pues al abrir el sentenciador el juzgamiento -o la condena- a consideraciones frente a las cuales no se ha tenido posibilidad de defensa, ésta termina siendo ineficaz;

**15°.** Que esta Magistratura se ha referido al principio de congruencia en los siguientes términos: *“un aspecto del debido proceso y una manifestación del principio acusatorio es el deber de correlación o congruencia, el cual vincula al juez y su potestad de resolver”*. Ha agregado que: *“el principio de congruencia puede definirse como aquel elemento del debido proceso que obliga al juez a dictar una sentencia coherente con la investigación penal, pudiendo fallar sólo respecto de los hechos y las personas materia de la acusación fiscal, asegurando de esta forma una investigación penal racional y justa, así como una adecuada defensa jurídica.”* (STC Rol N° 2314, cc. 12° y 13°).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, por su parte, que el principio de coherencia (o de congruencia) constituye *“un corolario indispensable del derecho de defensa”*. (Sentencia caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, 20 de junio de 2005, p. 68).

Comentando el aludido pronunciamiento, se ha afirmado que *“A partir de esta nueva enunciación puede inferirse que el principio contiene no solo una prohibición de juzgar hechos distintos a los contenidos en la acusación, sino también una prohibición de acusar hechos distintos de aquellos con base en los cuales el inculpado fue procesado o investigado (...) Consecuentemente **el principio llama a no apartarse en el marco de las decisiones determinantes del proceso de los hechos inculcados e informados**, ya que el imputado solo sobre estos tuvo conocimiento, así como el tiempo y los medios para defenderse.”* (Alfonso, César. “El principio de coherencia y el principio iura novit curia en la jurisprudencia interamericana.” En: Steiner, Christian (editor). Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Tomo II. Fundación Konrad Adenauer, México, 2011, p. 27). (Énfasis agregado).

En el mismo orden de ideas se sostiene que “*el vínculo fundante entre la relación de la reformatio in peius y la inviolabilidad de la defensa se concibe en el factor sorpresa que provoca un fallo más adverso que el recurrido en los casos que la otra parte no los ha recurrido.*” (Micciarelli, Ana Belén. “La prohibición de la reformatio in pejus ¿Un límite para revisar la incongruencia en primera instancia frente a la inacción de la parte perjudicada?” En: Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, IJ-LXXVIII-509, 20 de mayo de 2015);

**16°.** Que, sobre la base de lo razonado, es posible colegir, en primer término, que la prohibición de la *reformatio in peius* forma parte del catálogo de derechos asegurados en Chile a toda persona por el artículo 19 de la Carta Fundamental. Específicamente, es un derecho que, en forma implícita, forma parte del derecho al debido proceso legal, desde un punto de vista sustancial, garantizando que la defensa en juicio no conduzca a un resultado más desfavorable a quien recurre de una decisión y sin que la contraparte haya solicitado una similar revisión.

Del mismo modo, y a través del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley Suprema, la prohibición de la *reformatio in peius*, resulta garantizada en virtud de los dispuesto en los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto reconocen, asimismo, el derecho a ser oído en juicio con las debidas garantías entre las que el derecho a la defensa cobra una importancia singular;

**17°.** Que, en segundo lugar, la *prohibición de la reformatio in peius* se constituye en un claro límite para el legislador quien, al vulnerarla, se aparta de la exigencia constitucional de establecer “siempre” las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

De allí que, al controlar preventivamente el proyecto de ley que creó la Comisión para el Mercado Financiero, este Tribunal declaró la constitucionalidad del artículo 71, incisos primero y séptimo, contenido en su artículo 1°, que permitía apelar, ante la Corte Suprema, de la decisión de la Corte de Apelaciones en el procedimiento de reclamación contra lo obrado por el Consejo de dicha Comisión, en el entendido que la facultad del máximo tribunal “no puede afectar el debido proceso,

por lo que **le está vedado agravar la sanción apelada en alzada**" (considerando 50°). (Énfasis agregado);

18°. Que, asimismo, la prohibición de la *reformatio in peius* constituye un claro impedimento al juzgador en términos que las pretensiones del recurrente y su voluntad de revisar la situación que lo afecta mediante la interposición de un recurso, condicionan la competencia del juez llamado a decidirlo. Lo anterior, pues, en virtud del principio de congruencia, el juez no puede extender el juzgamiento hacia cuestiones que van más allá de lo planteado por la parte perjudicada y sin que ésta tenga la posibilidad cierta de defenderse.

Sin embargo, como no toda violación al principio de congruencia importa una transgresión de la prohibición de la *reformatio in peius*, será necesario analizar, a continuación, la situación concreta que rodea al requirente y que condiciona la eventual aplicación inconstitucional del artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, en los recursos de casación en la forma y en el fondo, pendientes ante la Corte Suprema.

### **3. Aplicación de la prohibición de la *reformatio in peius* en la gestión pendiente.**

19°. Que el requirente ha deducido recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, de 6 de mayo de 2016, que elevó la pena de siete años y un día de presidio menor en su grado mínimo, impuesta en primera instancia, a la de diez años y un día de presidio menor en su grado medio, como autor del homicidio de Miguel Emilio Estol Mery;

20°. Que el artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal dispone, en el Título referido al recurso de casación en el fondo:

**Art. 548. (587)** *En los casos en que la Corte Suprema acoja el recurso deducido en interés del condenado, podrá aplicar a éste, como consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autoriza, una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada."*;

21°. Que el recurso de casación en el fondo, acompañado a estos autos a fojas 100 y siguientes, se fundamenta, en primer lugar, en la causal prevista en el artículo 546 N° 2 del Código de Procedimiento Penal, en

relación con el artículo 391 N° 1, circunstancia primera, del mismo Código. Es decir, se imputa a la sentencia de segunda instancia haber incurrido en error de derecho al dar por establecido la calificación del delito como alevoso.

En segundo lugar, el recurso invoca la causal del artículo 546 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, pues también existiría error de derecho al haberse calificado el delito como de lesa humanidad, con lo cual se impidió -siguiendo la jurisprudencia reiterada en esta materia- la aplicación de la prescripción de la acción penal.

Las peticiones concretas del recurso se dirigen a invalidar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en orden a calificar el delito cometido como un homicidio simple y prescrito y, en esa virtud, *"absolver por prescripción de la acción penal a Alfonso Videla Valdebenito de los hechos materia de investigación, acusación y sentencia"* (fojas 117 y 118);

**22°.** Que cabe advertir que el razonamiento que seguirá, ciertamente, no puede estar dirigido a resolver la petición de absolver al condenado, pues ésa es una decisión que sólo compete a la Corte Suprema. Tampoco corresponde aquí calificar si efectivamente el señor Videla Valdebenito cometió un delito de lesa humanidad, pues ello es motivo de la investigación y probanzas que se han verificado en el respectivo procedimiento penal que aún no ha concluido.

Por lo mismo, este voto sólo se pronunciará respecto de la eventual concurrencia de la *reformatio in peius* en este caso concreto a fin de analizar si la aplicación del precepto legal reprochado produce efectos contrarios a la Constitución en la situación particular que afecta al requirente;

**23°.** Que, en ese orden de ideas, la competencia de la Corte Suprema dice relación con la calificación del delito que se imputa a Alfonso Videla Valdebenito -si es o no alevoso y, si al serlo, constituye un delito de lesa humanidad- y si, además, le es aplicable una de las causales de extinción de la responsabilidad penal como es la prescripción de la acción atendido el tiempo transcurrido desde su comisión. En virtud del principio de congruencia, no podría el máximo tribunal extender su pronunciamiento a otros puntos distintos de aquellos configurativos de las causales de casación invocadas, pues si así lo hiciera, se afectaría el derecho de defensa del

recurrente, en la medida que no habría tenido la oportunidad de argumentar ni de rebatir;

**24°.** Que, no obstante lo señalado, la norma reprochada en estos autos, entrega a la Corte Suprema la posibilidad de apartarse del principio de congruencia a que se ha venido haciendo alusión. En efecto, le permite agravar la pena impuesta al condenado que ya se vio expuesto a un incremento de la misma en virtud de lo resuelto por la sentencia de segunda instancia, en base a consideraciones que se apartan de lo planteado en el recurso deducido en su favor.

Así, la norma cuestionada se pone en la hipótesis de que la Corte Suprema acoja el recurso deducido "en interés del reo". Permite, asimismo, que la Corte aplique una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada, como consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autoriza.

En otras palabras, en este caso, la Corte Suprema, acogiendo el recurso de casación en el fondo deducido por el requirente, podría aplicarle una pena superior a la de diez años y un día de presidio menor en su grado medio que le impuso la sentencia recurrida de la Corte de Apelaciones de Santiago, pero, para ello, tendría que apartarse de las consideraciones expuestas en el recurso y, también, en la apreciación que, sobre los hechos, han venido realizando los jueces de la instancia;

**25°.** Que, en cuanto al alcance del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal es preciso recordar que éste vino a modificar la antigua disposición contenida en el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal que prohibía la *reformatio in peius*, esto es, la posibilidad de que el tribunal ad quem aplicara una pena más severa que la impuesta por el juzgador de la instancia. Dicha reforma se materializó por la Ley N° 7.836. Sin embargo, la redacción del nuevo artículo 548 introdujo la duda acerca de la posibilidad de casar de oficio en el fondo dictándose sentencias que así lo estimaron. Por lo mismo, la Ley N° 11.183 dio al artículo 548 mencionado su redacción actual descartando la eventual facultad de la Corte Suprema para anular una sentencia por una causal diferente a la invocada (de oficio) y reforzando la idea de que se había legislado sólo sobre el régimen de la pena y no sobre la materia propia de la sentencia de casación (Ortúzar Latapiat, Waldo. "Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal."

Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958, pp. 168 y ss.).

En este análisis debe resaltarse el hecho de que la finalidad de la Ley N° 7.836, que introdujo el contenido preceptivo del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal, fue *“evitar que se interpusieran recursos manifiestamente infundados, que sólo perseguían retardar la acción de la justicia.”* (Ib.)

Desde esta perspectiva, la eliminación de la prohibición de la reformatio in peius, puede verse como una sanción a la litigación temeraria como ocurre con la imposición de costas;

26°. Que la finalidad legítima perseguida por el legislador de la Ley N° 7.836 -complementada por la Ley N° 11.183- no puede anular, sin embargo, la plena vigencia de derechos fundamentales como son el derecho a ser oído con las garantías necesarias y el derecho de defensa en juicio en cuanto componentes del debido proceso legal asegurado en el artículo 19 N° 3° de la Constitución Política y, también, en los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que deben ser respetados por todos los órganos del Estado en base a lo preceptuado en el artículo 5°, inciso segundo, de la misma Carta Fundamental.

En efecto, y como bien señala el requirente *“la posibilidad de reforma peyorativa que contiene el inciso primero del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal implica exceder el marco propio del recurso, utilizando la revisión de la causa que se efectúa a instancias del propio acusado a fin de decidir algo sustancialmente distinto, en circunstancias que ese recurrente no ha tenido la posibilidad concreta de expedirse o de ser oído sobre ese aspecto de derecho (...)”* (fojas 16).

Precisamente, el aumento eventual de la pena impuesta al requirente, en base a la norma impugnada y producto del ejercicio de su derecho al recurso, lo coloca en una situación desmejorada sin que las consideraciones que la Corte Suprema haya podido tener para proceder a dicho aumento hayan podido ser rebatidas o contra argumentadas;

27°. Que, con todo, y rebatiendo la línea jurisprudencial sentada por la sentencia Rol N° 1250, no resulta posible sostener que la Corte Suprema quede habilitada, en virtud de la norma impugnada, para,

considerar elementos agravantes de la responsabilidad penal del condenado más allá de aquellos que han llevado a la imposición de la pena por el tribunal a quo, sólo en ejercicio de su función contralora de la plena juridicidad de los fallos (considerando 8°). Con mayor razón, cuando la sentencia acoge el recurso de casación en el fondo que ha sido deducido por el condenado en su propio interés.

Y es que el razonamiento de la sentencia Rol N° 1250 choca frontalmente con el principio de congruencia o de coherencia que se ha explicado en esta sentencia en el sentido que, por mucho que se trate de un recurso de casación en el fondo, la competencia del tribunal *ad quem* queda determinada por los hechos que fueron objeto de la acusación, sobre los cuales el acusado -y luego condenado- tuvo efectivamente posibilidad de defenderse. Luego, no basta que la competencia de dicho tribunal se circunscriba a las causales del recurso deducido sino que, además, la imposición de la pena deberá ajustarse a los hechos que motivaron la acusación y la condena;

**28°.** Que, por las razones señaladas precedentemente, estos Ministros estuvieron por acoger la inaplicabilidad del artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, por estimar que su aplicación, en el caso concreto analizado, vulnera los derechos a ser oído y de defensa en juicio, que forman parte del debido proceso legal;

**29°.** Que, sin embargo, este voto no acogerá la tesis del requirente en lo que dice relación con la eventual infracción al derecho a la igualdad ante la ley que importaría la aplicación de la norma reprochada. Dicha impugnación parte de la base de la existencia de una diferencia de trato entre los condenados en una misma causa. Así, mientras que el que recurre de casación en el fondo puede resultar perjudicado por la *reformatio in peius*, los demás condenados se aprovechan de la casación acogida sólo en lo favorable, según reza el inciso segundo del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal;

**30°.** Que, como se sabe, para que una diferencia de trato resulte contraria a la Constitución debe ser arbitraria o carente de razonabilidad.

En el presente caso, nos encontramos frente a dos condenados frente a un mismo hecho: el homicidio calificado de don Miguel Estoy Mery. La sentencia de

segunda instancia confirmó la pena impuesta por la sentencia dictada por el Ministro en Visita Extraordinaria al otro condenado (fojas 80) y sólo la elevó respecto del requirente en estos autos. Y fue éste quien dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo.

De esta forma, si se acoge el recurso de casación en el fondo por estimarse que no se está frente a un delito alevoso y que, por lo mismo, no se trata de un delito de lesa humanidad, dando lugar a la prescripción, la nulidad de la sentencia beneficiará a ambos condenados por igual. Y si ello ocurre, no se aprecia cómo podría elevarse la pena ni de uno ni de otro.

Por lo mismo, no se comparte la tesis de que, en la especie, nos encontremos frente a una diferencia arbitraria que vulnere el derecho a la igualdad ante la ley;

**31°.** Que las motivaciones antes consignadas son también aplicables para desestimar, en este caso, una infracción al principio de imparcialidad del tribunal, como parte integrante del debido proceso legal. Ello, porque no se trata de que el tribunal *ad quem* pierda su posición neutral frente a los diversos condenados en un proceso penal, perjudicando sólo a una de las partes, sino que, por el contrario, lo favorable de una eventual sentencia estimatoria del recurso de casación en el fondo deducido por el requirente beneficiará necesariamente a ambos condenados, en atención a las causales que fundan la solicitud de invalidación de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago.

## **B. VOTO POR RECHAZAR EL REQUERIMIENTO.**

**Los Ministros señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, señora María Luisa Brahm Barril y, señor Nelson Pozo Silva, estuvieron por rechazar el requerimiento deducido, en lo que respecta al artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, por las razones siguientes:**

### **1. La impugnación.**

**1°.** Que en el marco del sistema regido bajo el Código de Procedimiento Penal, el requirente fue condenado en primera instancia a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, acogiéndose el alegato de la media

prescripción. Sin embargo, en segunda instancia, la pena se le aumentó a diez años y se le rechazó el alegato de la media prescripción. El delito del que se le acusa es homicidio calificado y los hechos ocurrieron en el año 1973.

El requirente presentó una casación en el fondo ante la Corte Suprema, invocando el artículo 546 N° 2 y 546 N° 5, del Código de Procedimiento Penal. En virtud de la primera causal, se sostiene que no hay alevosía; hay un mero dolo eventual; por lo mismo, hay una errónea calificación del delito; correspondería calificar el homicidio simple. En virtud de la segunda causal, alega error de derecho porque el tribunal rechazó la media prescripción; a su juicio no hay delito de lesa humanidad.

El recurso de casación en el fondo interpuesto pide que se invalide la sentencia de segunda instancia, y se reemplace la calificación del delito de homicidio calificado a homicidio simple y que se acepte la media prescripción;

2°. Que el requirente impugna el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal. Este dispone que en los casos en que la Corte Suprema acoja el recurso de casación en el fondo, puede aplicar una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada, siempre que ello sea consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autoriza.

El requirente alega que dicho precepto, por una parte, vulnera la igualdad ante la ley, toda vez que el nuevo Sistema Procesal Penal no permite dicho agravamiento. El artículo 360 del Código Procesal Penal establece que *"si la resolución judicial hubiese sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformarla en perjuicio del recurrente"*. También se vulnera la igualdad ante la ley, porque sólo se aplica al condenado que dedujo el recurso, no a los demás, a quienes sólo se les aplica la sentencia en cuanto les beneficie. Por la otra, el requirente sostiene que se vulnera el derecho a la defensa, pues la decisión de agravar la pena se toma por la Corte sin haber escuchado u oído al recurrente; con ello se perjudica a una de las partes;

## **2. Asuntos sobre los cuales no nos vamos a pronunciar.**

3°. Que existen asuntos sobre los cuales no nos vamos a pronunciar, toda vez que son propios de los jueces

del fondo. En esta categoría queda la calificación del delito; si cabe o no aplicar la media prescripción; o, si efectivamente hay errores de derecho que justifiquen acoger la casación;

### **3. El precedente: STC 1250/2009.**

4°. Que ésta no es la primera vez que se impugna este precepto. Antes se hizo en la STC Rol N° 1250/2009. En aquella oportunidad, por siete votos a tres, se rechazó el cuestionamiento.

El voto de mayoría sostuvo que en ninguna parte de la Constitución se impide expresamente la reforma peyorativa por parte de las sentencias que un tribunal superior expida en revisión de una de primera instancia. Enseguida, sostuvo que una reflexión en tal sentido podría explicarse en un recurso de apelación; pero no en uno de casación. Este tiene por finalidad subsanar los vicios de derecho en que haya incurrido la sentencia impugnada. Asimismo, es inherente a la casación un riesgo de agravamiento de la pena; pero se trata de un riesgo previsible.

### **4. Criterios interpretativos.**

5°. Que antes de continuar, debemos establecer los criterios interpretativos que van a guiar nuestro razonamiento. En primer lugar, el recurso de casación es un recurso extraordinario destinado a garantizar la aplicación correcta de la ley penal, por parte del juez penal. De ahí que es la aplicación errónea de dicha ley la que lo autoriza.

De ser acogido el recurso, la Corte dicta dos sentencias. Por una parte, dicta la sentencia que invalida la resolución recurrida. Por la otra, dicta la sentencia de reemplazo. Esta sentencia es la que *"crea conforme a la ley y al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido"* (artículo 785, Código Procedimiento Civil, que es la norma general y supletoria en la materia);

6°. Que, en segundo lugar, el nuevo sistema procesal penal es, justamente, un sistema. Comprende las normas del Código Procesal Penal, pero es mucho más complejo que eso, pues abarca otra serie de normativas, incluso una institucionalidad (Ministerio Público, Tribunal Oral en lo Penal, Juzgado de Garantía, etc.). Por lo mismo, no cabe comparar aspectos aislados de éste.

Además, cabe considerar que las inaplicabilidades implican un contraste entre la Constitución y la ley a la luz del caso concreto. Por lo mismo, el parámetro de constitucionalidad son las propias normas constitucionales, no la ley. De ahí que, no pueda fundarse una inconstitucionalidad en un modelo determinado por el legislador, por muy legítimo y ajustado a la Constitución que sea. Sobre una misma norma constitucional pueden existir distintas regulaciones legales. Salvo que el legislador interprete la Constitución y le fije un sentido único, las fórmulas legales no pueden definir el sentido de los preceptos constitucionales. El Nuevo Código Procesal Penal no es parámetro de constitucionalidad. De ahí que no pueda enjuiciarse el antiguo Código a la luz de sus disposiciones. De hecho, el Tribunal ha objetado preceptos del Nuevo Código Procesal Penal;

**5. No se afecta la igualdad ante la ley.**

7°. Que ahora estamos en condiciones de entrar al fondo del asunto. En primer lugar, el requirente funda su alegato en que el precepto afecta la igualdad ante la ley. Por una parte, porque establece una regla distinta a la establecida en el Nuevo Código Procesal Penal. Por la otra, porque sólo perjudica, de agravarse la pena, al que recurrió, pero no al resto;

8°. Que respecto del primer cuestionamiento, cabe señalar, desde luego, que no porque una persona se rija por una ley procesal distinta, por ese solo hecho habrá una inconstitucionalidad. El distinto tratamiento debe ser arbitrario.

En el presente caso hay una serie de razones que justifican el tratamiento distinto. Los hechos son lo primero. El asesinato ocurrió en el año 1973, 27 años antes de que la Reforma Procesal Penal entrara en vigencia en la Región Metropolitana. Enseguida, hay que considerar que la Reforma Procesal Penal ni siquiera entró en vigencia simultánea en todo el país. Lo hizo progresivamente por regiones a partir del año 2000. Por lo mismo, ni siquiera la Reforma Procesal Penal se aplicó a todos los juicios desde su inicio. Al ser la Región Metropolitana la última en incorporarse, fue la última en abandonar el antiguo sistema. En esos cinco años, la Reforma Procesal Penal no rigió en Santiago.

Además, hay que considerar que el antiguo Código rigió durante 20 años de vigencia de la Constitución de 1980.

Finalmente, debe considerarse que el Nuevo Sistema Procesal Penal, es un sistema complejo. Como ya se indicó, comprende órganos, instituciones, procedimientos. Por lo mismo, todas estas instituciones tienen que estar reguladas y en funcionamiento. Al ser un sistema complejo, todos sus componentes están interrelacionados. Así por ejemplo, las normas procedimentales operan sobre la base de que hay un Ministerio Público, un Juez de Garantía, un Tribunal Oral en lo Penal, entre otros; por lo mismo, no puede pedirse la aplicación aislada de ciertas disposiciones.

El requirente pide ser comparado con cierta disposición del Nuevo Código, no con todas. Por ejemplo, si se le aplicara el Nuevo Código, no podría haber interpuesto el recurso de casación, ni podría haber apelado ante la Corte de Apelaciones;

9°. Que, por otra parte, es efectivo que por efecto del artículo 360, no cabe una reforma peyorativa. Pero el régimen de recursos en el nuevo sistema es distinto. Por ejemplo, la apelación es excepcional (artículo 370). Y el recurso de nulidad tiene regulado la sentencia de reemplazo, el que procede sólo por ciertas causales de nulidad.

Además, el precepto impugnado no es una cláusula abierta que permita en la sentencia de reemplazo hacer cualquier cosa. La norma exige que la mayor severidad esté asociada a causal acogida y dentro de límites que la ley autoriza;

10°. Que en relación a la comparación con los que no recurren, hay que tener presente lo siguiente. Por de pronto, la sentencia más favorable beneficia a todos, aunque no hayan recurrido. Pero la ley establece dos condiciones: que se encuentre en la misma situación del recurrente, y que le sean aplicados los motivos alegados para declarar la casación. Por lo mismo, no es una regla automática.

Existe otra razón para que la sentencia que agrava la pena no se les aplique a los que no recurrieron: no tiene sentido que el legislador perjudique a aquellos que se conformaron con la sentencia y no la impugnaron. Es una regla que impide que en sentencias que se dictan en recursos que no han pedido, los afecte, perjudicándolos. Es el efecto normal y relativo de las sentencias;

#### **6. No se afecta el derecho a defensa.**

**11°.** Que el segundo argumento del requirente radica en que se afecta su derecho a defensa, porque la Corte le puede agravar la pena en la sentencia de reemplazo, sin que él haya tenido la oportunidad de decir algo.

No compartimos lo anterior por lo siguiente. En primer lugar, el propio artículo 548 impugnado en estos autos, como ya se dijo, establece límites. Estos son dos. Por una parte, que el agravamiento sea consecuencia de la causal acogida; y, por la otra, que dentro de los límites que la ley autoriza. La norma no produce una mayor severidad automática.

En efecto, las causales del recurso de casación en el fondo están establecidas en el artículo 546 del Código Procesal Penal. Ahí existen causales que, de ser acogidas, necesariamente van a implicar una pena menor, una absolucón o un sobreseimiento. Por ejemplo, si se acoge la causal 3, esto es se considera como delito un hecho que la ley penal no considera como tal. Hay otras causales, sin embargo, que pueden, eventualmente, traducirse en una pena mayor.

Pero la mayor pena no es producto de la sentencia invalidatoria, sino que de la de reemplazo;

**12°.** Que, en efecto, la Corte Suprema, en el recurso de casación, si detecta el vicio que permite anular la sentencia, debe dictar la sentencia de reemplazo, buscando siempre proteger la legalidad. La invalidación la dispone porque hay una errónea aplicación de la ley penal;

**13°.** Que no se nos escapa que en la sentencia de reemplazo, efectivamente puede el recurrente quedar en una situación peor de la que estaba. Pero ése es el riesgo de la casación. Por su mecánica, no hay un piso, porque la sentencia de reemplazo, en base a los hechos ya establecidos en la apelación, debe restablecer el imperio del derecho.

Para el recurrente es previsible que la Corte Suprema pueda agravar su situación.

Sin embargo, el agravamiento eventual se produce en la sentencia de reemplazo, no en la de invalidación. En esta la Corte puede dictar *"la sentencia que crea conforme a la ley"* (artículo 785, Código Procedimiento Civil). Pero este precepto no es impugnado en autos.

Es de la esencia de la casación la dictación de esta sentencia de reemplazo que sustituye a la dictada por la Corte de Apelaciones;

**14°.** Que el recurrente, cuando presenta el recurso de casación busca anular la sentencia. *"El recurso de casación se concede para invalidar una sentencia en los casos expresamente señalados por la ley"* (artículo 764 Código Procedimiento Penal). El recurrente invoca en su favor ciertas causales para dicha anulación. Pero es la Corte la que tiene la discrecionalidad para reemplazar la sentencia que se considera violatoria de la ley en base a ciertos motivos.

En otras palabras, el recurrente tiene "el control" sobre la invalidación de la sentencia. Pero es la Corte Suprema la que tiene la disponibilidad sobre la sentencia de reemplazo. Es ella la que debe dictar la sentencia que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos ya establecidos en el fallo recurrido.

No hay piso en la casación. De modo que la sentencia puede ser más favorable o, como dice la norma impugnada, *"más severa que la impuesta por la sentencia invalidada"*.

Un piso podría restringir severamente el restablecimiento del imperio del derecho con la aplicación errónea de la ley penal. Además, en ciertas causales, el agravamiento se impone como lógica consecuencia de las mismas.

No es que la Corte Suprema puede fijar cualquier pena, sino únicamente la que establece el legislador para el tipo de delito y las demás circunstancias que lo rodean.

En el recurso de casación, ese piso, por la existencia de la sentencia de reemplazo, cuya regulación el requirente no cuestionó, no puede garantizarse. Es parte del riesgo del recurso; por lo mismo, es previsible. Es un riesgo asumido por todo recurrente que emplea este mecanismo de impugnación;

**15°.** Que, en segundo lugar, el recurrente no demostró que las causales de casación que él invocó, de ser acogidas, pueden llevar asociadas, en una proyección sólida y lógica, una pena más severa en la sentencia de reemplazo.

Es cierto que la pena ha ido subiendo en su caso, de 7 años en primera instancia, a 10 en segunda.

Pero él presenta la casación no para pedir la inocencia, sino para obtener una rebaja de pena. Él alega homicidio simple y media prescripción. La existencia de homicidio ya está probada. Fue establecida por la sentencia de segunda instancia.

El actor recurrió de casación; no fue arrastrado a ella;

**16°.** Que, en consecuencia, estos Ministros estuvimos por rechazar el requerimiento en lo que dice relación con la impugnación al artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 EN LO QUE SE REFIERE AL REPROCHE AL ARTÍCULO 15 N° 2, SEGUNDA PARTE, DEL CÓDIGO PENAL.**
- II. QUE, POR NO HABERSE REUNIDO EL QUÓRUM EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, N° 6°, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PARA ACOGER LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 548, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1 SE ENTIENDE RECHAZADO EN ESTA PARTE.**
- III. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- IV. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUERENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

**PREVENCIONES**

**Los Ministros señor Gonzalo García Pino, señora María Luisa Brahm Barril y, señores Cristián Letelier Aguilar y Nelson Pozo Silva, concurren al voto por rechazar la inconstitucionalidad del artículo 15 N°2, segunda parte, del Código Penal, en base, además, de los siguientes argumentos:**

**1°.** Que al establecer las bases constitucionales del derecho público y del derecho privado, la Constitución en tanto norma suprema establece que quizás sea en el derecho penal en donde la vinculación e influencia del derecho constitucional se hace más patente, en la medida en que los valores de libertad personal y seguridad que realiza constituye su razón de ser;

**2°.** Que, como consecuencia de que el poder punitivo del Estado recae directamente sobre la persona, cuyo respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado, dicho poder no puede ser ejercido arbitrariamente, sino dentro de los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Constitución reconoce;

**3°.** Que el aserto que un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal se encuentra abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional, es decir, se encuentra a la vez dentro de las fronteras de la Constitución y en relación con la política criminal (Klaus Tiedemann, Constitución y derecho penal, Lima, Palestra Editores, 2003, p.21). En otras palabras, las bases del derecho penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático;

**4°.** Que en este sentido, la influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal, a menudo se concretiza en la actuación de esta Magistratura, en tanto supremo interprete de la Constitución, porque él Tribunal no sólo se limita a aplicar, sin más, las instituciones propias del derecho penal y desde el derecho penal, sino que también ha asumido un rol activo en cuanto se refiere a determinar y otorgar contenido, por medio de sus sentencias, a las instituciones penales, haciéndolas conformes - de manera concreta o abstracta - con el derecho constitucional;

**5°.** Que en el caso concreto, cabe establecer que se cuestiona la calificación de la figura de la autoría

mediata formulada por Roxin en el fenómeno delictivo en el contexto de la macro criminalidad estatal, en causas sobre violaciones a los derechos humanos;

6°. Que, en efecto, a raíz de las atrocidades cometidas en las dos guerras mundiales, la doctrina penal se preguntó si bastaban las categorías de participación criminal para subsumir las conductas presenciadas por dichos injustos;

7°. Que ante tal interrogante, Claus Roxin creó una nueva forma de autoría mediata, a la cual denominó bajo el apelativo de "dominio de la voluntad en aparato de poder organizado". Esta afirmación parte de la posición de que la autoría mediata aparece como una manera especial de intervención punible, ya que el delito es realizado por un "hombre de atrás" que se sirve de un intermediario o instrumento material, en que uno de sus criterios distintivos es el de la fungibilidad del ejecutor directo. Ambos, autor mediato y ejecutor, dominan el hecho de manera distinta;

8°. Que, adicionalmente, al criterio de fungibilidad, según Roxin, se requiere como criterio general la existencia de una estructura jerarquizada. La organización posee una línea jerárquica clara con existencia de órdenes, ya sea de índole verbal o escrita;

9°. Que las condiciones que fundamentan de manera funcional el dominio del "hombre de atrás" suelen identificarse en:

- a.- Poder de mando.
- b.- Desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder.
- c.- Fungibilidad de los ejecutores directos.

La figura de autoría mediata formulada por Roxin posee una mayor comprensión del fenómeno delictivo en el contexto de la macro criminalidad estatal;

10°. Que en el caso de autos, la sentencia de segundo grado de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, junto con confirmar la pena, la elevó a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, conforme a lo dispuesto en el artículo 548 inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, sustituyendo la hipótesis del artículo 15, N°3, del Código Penal, por la del artículo 15, N°2, del mismo estatuto punitivo, lo cual configura en la especie una forma de aplicabilidad de la autoría

mediata, que consagra nuestra legislación aplicando los principios antes desarrollados;

**11°.** Que, la causa de fondo que motiva el presente requerimiento, ha sido calificada como un crimen de lesa humanidad, pese a los intentos del requirente, de plantear lo contrario a lo largo de su requerimiento de fojas 1 y siguientes, y pese, además, a no ser materia de discusión ante este tribunal especial;

**12°.** Que la inconstitucionalidad planteada, más bien se trata de una cuestión jurídica de fondo, de la objeción en base al cuestionamiento del estatuto aplicable al caso concreto. No es un problema constitucional, sino eminentemente penal, cuyo análisis no es materia de esta Magistratura.

**El Ministro señor Cristián Letelier Aguilar previene que concurre al voto por acoger la inaplicabilidad del artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, pero sin compartir lo razonado en los considerandos 13°, 15° desde el punto aparte en adelante y, 16°, en lo que respecta al párrafo segundo.**

Redactó la sentencia y el voto por acoger la inaplicabilidad del artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, la Ministra señora Marisol Peña Torres. A su turno, el voto por rechazar dicha norma, fue redactado por el Ministro señor Carlos Carmona Santander, en tanto que las prevenciones fueron redactadas por los Ministros señores Nelson Pozo Silva y Cristián Letelier Aguilar, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 3150-16-INA.**

Sr. Aróstica

Sra. Peña

Sr. García

Sr. Hernández

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Letelier

Sr. Pozo

Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señora Marisol Peña Torres, señores Carlos Carmona Santander, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril y, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva y José Ignacio Vásquez Márquez.

Se certifica que el Ministro señor Carlos Carmona Santander concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en el ejercicio de su cargo.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.