



000305
Cientos Cero

1

Santiago, nueve de abril de dos mil diecinueve.

VISTOS:

A fojas 1, con fecha 22 de marzo de 2018, Emilio Sandoval Poo deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 548 del Código de Procedimiento Penal, y 292 del Código Penal, en relación con los artículos 293 y 294 del mismo Código, para que produzca efectos en el proceso penal relativo al caso "Episodio Etienne Pesle de Menil", sustanciado por el Ministro en Visita Extraordinaria Mario Carroza Espinosa bajo el Rol N° 2182-1998, en actual conocimiento de la Corte Suprema bajo el Rol N° 3525-2018, y suspendido en su tramitación conforme a lo decretado por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional a fojas 210.

En cuanto al juicio en que incide el requerimiento deducido, conforme a los antecedentes que obran en autos, aparece que el requirente señor Emilio Sandoval, con fecha 9 de mayo de 2016, fue condenado junto a otras 8 personas en primera instancia por el Ministro señor Carroza (Rol N° 2182-1998) como autores del delito de asociación ilícita perpetrado en los meses de septiembre y octubre de 1973, a sufrir la pena de 800 días de presidio menor en su grado medio y, como autores del delito de secuestro calificado cometido desde el 19 de septiembre de 1973 en la persona de don Etienne Pesle de Menil, a la pena de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo.

Adicionalmente, la sentencia acogió la acción civil deducida por la parte querellante, condenando al Fisco de Chile a pagar indemnizaciones por concepto de daño moral a la viuda de la víctima (Aydés Méndez Cáceres) y a sus dos hijos (Ana María y Roberto Pesle Méndez).

Esta sentencia fue objeto de recursos de casación en la forma y apelación y por sentencia de 26 de enero de 2018 (Rol 1040-2016), la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la casación y confirmó la sentencia apelada, pero con declaración de que, por el delito de asociación ilícita, se impone a los condenados una pena menor, de 541 días presidio menor en su grado medio; y por el delito de secuestro calificado, se eleva la pena a 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, modificando así el quantum de las penas.

Respecto del fallo de segunda instancia, el requirente dedujo recursos de casación en la forma y el fondo para ante la Corte Suprema, encontrándose estos pendiente de fallo (rol de ingreso N° 3525-2018).

De acuerdo a la sentencia del Juez señor Carroza confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, se determinó que el requirente perteneció a una agrupación de funcionarios de la Fuerza Aérea, de inteligencia y propósitos ilícitos, y que la víctima fue privada de libertad por los miembros de dicha asociación, el 19 de septiembre de 1973, siendo trasladada a la base aérea de Manquehue de la ciudad de Temuco, donde se lo encerró e interrogó bajo tortura para luego desaparecer.





La defensa del requirente cuestiona que haya tenido participación en los hechos delictivos, alegando en sus recursos de casación la insuficiencia y ambigüedad de la prueba y la vulneración de sus leyes reguladoras, especialmente en relación con las presunciones (casación en la forma conforme al artículo 541, N° 9, en relación con el artículo 500, N° 4, del Código de Procedimiento Penal; casación en el fondo conforme al artículo 546, N° 7, en relación con el artículo 488 del mismo Código).

En cuanto a la impugnación de inconstitucionalidad en la aplicación de los preceptos legales impugnados al caso concreto, se sostiene por el requirente que, respecto del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto esta norma permite a la Corte Suprema en caso acoger el recurso de casación en el fondo, aplicar al condenado una pena más severa que la impuesta por la sentencia que se invalida, se vulnera el principio de la *no reformatio in peius*; y, respecto de los artículos 292, 293 y 294 del Código Penal, en cuanto prescriben el delito de asociación ilícita sin precisar suficientemente la conducta punible, se vulnera el principio del *nullum crimen sine lege*.

El requirente afirma, en relación con el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal que la aplicación de este precepto importaría la infracción del artículo 19, N° 3, incisos segundo y sexto, de la Constitución Política de la República. Sostiene que, dentro de las garantías del racional y justo procedimiento debe constatarse la existencia de un juez imparcial, el derecho a la defensa oportuna y a hacer valer sus pretensiones en juicio, y el derecho a recurrir contra las resoluciones judiciales, derechos igualmente reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8, N° 1, y 8, letra h).

En la especie, se vulnera la imparcialidad conforme al sistema inquisitivo sobre cuyas normas se ha sustanciado la causa, y se vulnera el derecho a los recursos y a la prohibición de reforma de la condena en perjuicio del imputado, desde que la Corte Suprema, no obstante ser el requirente el único que solicitó la revisión de la sentencia de segunda instancia, podría dictar en su contra una sentencia que, junto con invalidar el fallo recurrido, en la sentencia de reemplazo aumentara las penas en su contra, con lo que pierde sustento el objeto defensivo de los recursos. Prueba de la inconstitucionalidad de estos eventos es que el nuevo Código Procesal Penal expresamente prohíbe la *reformatio in peius*, cuando la sentencia ha sido recurrida por un solo interviniente (artículo 360, inciso final), al igual como lo consagra el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (artículo 83, N° 2).

Luego, en relación con los artículos 292, 293 y 294 del Código Penal, se postula la infracción del artículo 19 N° 3, incisos octavo y final, de la Constitución. Se afirma la conculcación del principio de tipicidad, integrante del principio de legalidad penal, manifestado en el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, recogido por nuestra Constitución y que exige la existencia de ley previa y que describa precisa y suficientemente la conducta prohibida, lo que no se cumple en el



000306

3

Frescos Aires

caso de los preceptos que establecen el delito de asociación ilícita, conculcando el mandato de determinación o taxatividad de la ley penal.

Los preceptos cuestionados al describir el tipo penal como una asociación con el objeto de "atentar contra el orden social", de modo alguno describe lo que es dicho atentado, sin contener tampoco un reenvío a otra ley o a una norma de inferior jerarquía, constituyéndose así en una ley penal en blanco abierta, que deja al arbitrio del juez la determinación de la conducta punible, en abierta contradicción con la Carta Fundamental.

A fojas 143 la causa fue admitida a tramitación por la Primera Sala de esta Magistratura; y por resolución de fojas 210 se declaró admisible el requerimiento, se ordenó la suspensión en la tramitación de la gestión ante la Corte Suprema, y se tuvo como partes en este proceso constitucional a los señores Crisóstomo Ferrada Carrasco, Jorge Valdebenito Isler, Luis Soto Pinto, Enrique Rebolledo Sotelo, Leonardo Reyes Herrera, Jorge Soto Herrera y Heriberto Pereira Rojas, quienes junto a Emilio Sandoval fueron condenados por el Ministro señor Carroza y, en su calidad de partes en la gestión pendiente, adhirieron al presente requerimiento, solicitando igualmente la declaración de inaplicabilidad de los preceptos legales ya referidos sobre la base de los razonamientos ya expuestos, de acuerdo a sus presentaciones que rolan a fojas 153 y 180.



Es parte en estos autos, asimismo la parte querellante en el juicio pendiente, constituida por la viuda de la víctima, doña Aydés Méndez Cáceres, y uno de los hijos de la víctima, don Roberto Pesle Méndez; y el Programa Continuación de la Ley N° 19.123, de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, quienes, a fojas 246 y 267, respectivamente evacuaron oportunamente sus observaciones sobre el fondo, solicitando el total rechazo del requerimiento, conforme a las argumentaciones que se pasan a señalar.

La parte querellante afirma que la aplicación de las normas en cuestión al caso concreto no vulnera de modo alguno la Constitución Política, y que la acción de inaplicabilidad de autos tiene fines meramente dilatorios.

En relación con el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal, desde luego, indican que este Tribunal Constitucional en sus sentencias roles 1250 y 3150, en que también se impugnó dicho precepto, ya ha declarado que ni la Constitución ni la Convención Americana de Derechos Humanos impiden la reforma peyorativa, sin que el requirente se haga cargo de dichos contundentes precedentes.

Al efecto este Tribunal consignó que la Carta Fundamental no prohíbe expresamente la *reformatio in peius* por parte de las sentencias que un tribunal superior expida en revisión de una de grado inferior. Enseguida, agregó que una reflexión en tal sentido podría explicarse en un recurso de apelación; pero no en uno de casación, toda vez que este último tiene por finalidad subsanar los vicios de derecho en que haya incurrido la sentencia impugnada, siendo inherente a la



casación un riesgo de agravamiento de la pena, riesgo que en todo caso es previsible. Además esta Magistratura señaló que el nuevo Código Procesal Penal no constituye un parámetro de constitucionalidad, de modo que no puede enjuiciarse el antiguo Código de Procedimiento Penal en base a sus disposiciones y que, si bien el artículo 360 del Código Procesal Penal prohíbe la reforma peyorativa, ello opera con limitaciones y sobre el sistema recursivo del nuevo Código, que difiere de la lógica del recurso de casación en el fondo, concluyéndose que no se afecta el debido proceso por el artículo 548.

Luego, respecto de los artículos 292 y 293 del Código Penal, señalan los querellantes que este Tribunal Constitucional, igualmente, ya se ha pronunciado y ha decretado su constitucionalidad. Así, en la sentencia Rol 2651 en que se cuestionaba la infracción al principio de legalidad y tipicidad penal por la expresión "contra el orden social" contenida en el tipo penal de asociación ilícita -y respecto de la cual el requerimiento tampoco se hace cargo- el Tribunal valida que el Código Penal utilice este tipo de conceptos, los que pueden generar información y elementos descriptivos y valorativos útiles para el juez, que le permitan identificar el tipo punible y separar la conducta prohibida de aquella que no lo es; y señala que se trata de una expresión cuya interpretación y aplicación no genera efectos contrarios a la Constitución.

Se añade como argumentación para el rechazo del requerimiento respecto de todas las normas impugnadas, la circunstancia de que el libelo no contiene un verdadero conflicto de constitucionalidad, sino alegaciones sobre asuntos que son de mera legalidad y que, en consecuencia, deben ser resueltos por el juez del fondo, en la sede de casación que pende ante la Corte Suprema. En efecto, el asunto debatido en el recurso de casación en la forma alude a la falta de ponderación de la totalidad de la prueba de descargo, y a la infracción a la cosa juzgada; y en el de casación en el fondo, se postula la infracción de las leyes reguladoras de la prueba y de las leyes que establecen los delitos de asociación ilícita y de secuestro calificado. Pues bien, la determinación del valor probatorio y del alcance de los ilícitos constituyen cuestiones de mera legalidad, y en caso de vicios en la aplicación correcta de la ley o en la subsunción de los hechos en el tipo penal, precisamente, tienen aplicación las vías recursivas que están operando en la gestión pendiente.

Además, el requirente no ha impugnado otros preceptos legales que podrían igualmente conducir a que la Corte Suprema invalide la sentencia casada y en la sentencia de reemplazo fije una pena más elevada, de acuerdo al artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 785, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil.

Concluye la parte querellante manifestando que, de acuerdo al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en los casos como el de autos, se está investigando y sancionando crímenes de lesa humanidad, que constituyen crímenes de derecho internacional, siendo el juzgamiento de estos ilícitos un mandato de "ius cogens" internacional.



000307
treientos siete

5

Finalmente, el Programa de Derechos Humanos también pide el rechazo del requerimiento en todas sus partes. Al efecto, junto con compartir las argumentaciones ya expuestas, recalca que el requerimiento carece de fundamentación razonable y que en él se discuten asuntos propios del juez del fondo, en orden a la interpretación de la ley y al reproche que hace el requirente en cuanto a la falta de elementos para configurar el delito de asociación ilícita a su respecto, y el cuestionamiento de su participación en los delitos por los cuales ha sido condenado. Todo ello escapa del ámbito de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y determina que no existe la artificial contradicción entre preceptos legales y la Carta Fundamental que ha esgrimido la actora.

Con fecha 11 de junio de 2018 (fojas 277), se ordenó traer los autos en relación, verificándose la vista de la causa en la audiencia de Pleno del día 17 de julio de 2018, oyéndose la relación pública y los alegatos de los abogados de las partes. Con la misma fecha quedó adoptado el acuerdo (certificado a fojas 302).

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Traídos los autos en relación y luego de verificarse la vista de la causa se adoptó acuerdo con fecha 17 de julio de 2018, obteniéndose el siguiente resultado:

1) Respecto del artículo 548, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, y del artículo 292, en relación con los artículos 293 y 294, del Código Penal, se rechazó el requerimiento por mayoría de votos.

Estuvieron por rechazar los Ministros señores García, Romero, señora Brahm, señores Pozo, Vásquez y señora Silva.

Estuvieron por acoger, en la parte que se indicará en el respectivo voto disidente, los Ministros señores Aróstica (Presidente) y Letelier.

2) Respecto del artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, se produjo empate de votos en el acuerdo.

Estuvieron por rechazar los Ministros señor García, señora Brahm, señor Pozo y señora Silva.

Estuvieron por acoger el requerimiento en esta parte los Ministros señores Aróstica (Presidente), Romero, Letelier y Vásquez.

SEGUNDO: 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."





Por su parte, 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 esta Magistratura "Dirimir 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."

TERCERO: Conforme a lo expuesto en el considerando precedente, se ha producido empate de votos en la votación del requerimiento respecto de la impugnación del artículo 548, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, con lo cual, atendido el quórum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, para acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y teniendo asimismo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, el voto del Presidente no dirime un empate en este caso; y no habiéndose alcanzado la mayoría constitucional necesaria para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, éste deberá también ser rechazado en esta parte.

I.- Conflicto constitucional planteado.

CUARTO: En enero de 2018 el requirente fue condenado como autor de los delitos de asociación ilícita y secuestro calificado, a las penas de 541 días y 10 años de presidio respectivamente, por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago resolviendo un recurso de apelación.

El caso base está referido a la detención y posterior desaparición del ciudadano francés Etienne Marie Luis Pesle de Menil, quien fue detenido el 19 de septiembre de 1973, y hasta hoy se desconoce su paradero. La gestión pendiente son recursos de casación en forma y fondo que conoce la Excma. Corte Suprema los que fueron proveídos por la Corte de Apelaciones de Santiago y elevado los autos para el conocimiento de la Excma. Corte Suprema el 28 de febrero de 2018.

El requirente alega la vulneración del artículo 19 N° 3 de la Constitución, puesto que se infringiría su derecho a defensa, derecho al recurso y el debido proceso. Sostiene que la aplicación del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal permite la reforma peyorativa, lo que además de perjudicar directamente al imputado constituye una manifestación de la falta de imparcialidad de los jueces. Esto además desincentiva el ejercicio del derecho al recurso y la defensa jurídica, ya que la Corte Suprema podría perjudicar al imputado si este recurre.

Sostiene, adicionalmente, que concurre en la gestión pendiente la infracción del principio de legalidad penal, por la aplicación inconstitucional del artículo 292 del Código Penal. En este caso se vulnera el principio de taxatividad, pues el tipo penal de asociación ilícita constituye una auténtica ley penal en blanco. El tipo no



000308
Trescientos ochenta

7

describiría realmente cuál es la conducta prohibida y la norma entregaría al juez la discrecionalidad más amplia que contempla el ordenamiento para que por la vía interpretativa nos indique qué significa atentar contra el orden social o las buenas costumbres.

QUINTO: Las disposiciones impugnadas son las siguientes:

Artículo 548 del Código de Procedimiento Penal. (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.*

Si sólo uno de entre varios procesados ha entablado el recurso, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les sea favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados para declarar la casación de la sentencia."

Artículo 292 del Código Penal: *"Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse."*

SEXTO: Para efectos del mejor entendimiento del dilema la norma del artículo 292 debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en los artículos 293 y 294 del Código Penal. Estas normas no están reprochadas en el requerimiento sino que solo se indican a objeto de ampliar la interpretación penal impugnada.

El artículo 293 del Código Penal indica que: *"Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.*

Cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos, la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados para los individuos comprendidos en el acápite anterior."

El artículo 294 del Código Penal, a su turno, sostiene que: *"Cualesquiera otros individuos que hubieren tomado parte en la asociación y los que a sabiendas y voluntariamente le hubieren suministrado medios e instrumentos para cometer los crímenes o simples delitos, alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados, en el primer caso previsto por el artículo precedente, con presidio menor en su grado medio, y en el segundo, con presidio menor en su grado mínimo."*

II.- Cuestiones sobre las cuales no se pronunciará esta sentencia.

SÉPTIMO: A esta Magistratura no le compete establecer orientaciones sobre la investigación judicial en que se funda la gestión pendiente. No examinaremos la sentencia condenatoria que sirve de base de la gestión pendiente.





Tampoco nos corresponde un juicio de mérito sobre la corrección de sus procedimientos ni menos sobre la oportunidad de la presentación del requerimiento.

OCTAVO: Sobre la base de estas consideraciones desarrollaremos algunos criterios mínimos y comunes al conjunto de los Ministros que planteará la improcedencia de este requerimiento resolviendo el rechazo del mismo. Todo lo anterior, no impide que por la vía de las prevenciones las Ministras y los Ministros incorporen nuevos argumentos para sostener igual rechazo con argumentos adicionales.

III.- Criterios interpretativos.

NOVENO: Los criterios que guiarán esta sentencia están referidos a la naturaleza de los delitos perseguidos en la gestión pendiente. En segundo lugar, al tipo penal cuestionado y al modo en que se resuelve el principio de taxatividad penal conforme a la Constitución. En tercer lugar, a la reforma peyorativa y el modo en que integra un componente del debido proceso en la Constitución. Finalmente, se examinará cómo se aplican estos criterios a la gestión pendiente.

1.- La desaparición forzada de personas y la Constitución.

DÉCIMO: No se puede obviar que la gestión pendiente es un proceso penal que busca esclarecer y determinar responsabilidades en un caso de desaparición forzada de personas cometidas en contra de un ciudadano extranjero.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una amplia jurisprudencia sobre este tipo de delitos, definiéndolos como una violación de los derechos humanos caracterizada por "a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada."¹ La Corte ha establecido que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple que se inicia con una privación de libertad contraria al artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otra parte, como el Tribunal lo ha establecido, el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos o policiales, agentes estatales o particulares, que actúen con su aquiescencia o tolerancia que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, establecidos en los artículos 5 y 4 de la Convención Americana, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de las personas en el caso concreto. Además, desde su primer caso contencioso, la Corte también ha afirmado que la práctica de desapariciones ha implicado con frecuencia la ejecución de los

¹ Sentencia Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México, de 23 de noviembre de 2009, párr. 140.



000309 9
Trecientos nueve

detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención. Ese hecho, unido a la falta de investigación de lo ocurrido, representa una infracción de un deber jurídico, a cargo del Estado, establecido en el artículo 1.1 de la Convención en relación al artículo 4.1 de la misma, como es el de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente.

Finalmente, la Corte ha concluido que la desaparición forzada también conlleva la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana, dado que su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado.² La Corte ha afirmado que los familiares de la víctima tienen derecho a acceder a la justicia, a la verdad y a la integridad personal, prescribiendo que "en estos casos, la impunidad debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales –del Estado– como individuales –penales y de otra índole de sus agentes o de particulares–. En cumplimiento de esta obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad. Las investigaciones deben respetar los requerimientos del debido proceso, lo que implica que el sistema de administración de justicia debe estar organizado de manera tal que su independencia e imparcialidad pueda ser garantizada y que el juzgamiento de graves violaciones a los derechos humanos sea efectuado ante los tribunales ordinarios, para evitar la impunidad y procurar la búsqueda de la verdad."³ Los Estados tienen el deber de investigar y sancionar a los responsables; "el Estado debe garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de dichos actos y, en su caso, la sanción de sus responsables."⁴

DECIMOPRIMERO: La indagación penal de este tipo de delitos se corresponde con el deber estatal exigido por el artículo 5º inciso segundo de la Constitución. Lo anterior, puesto que la vida de las personas y su libertad personal están garantizadas en la Constitución resulta una consecuencia de aplicación del deber de "respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

La Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1483/2009 controló la constitucionalidad de la Convención Internacional para la protección de todas las

² Sentencia Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil, de 24 de noviembre de 2010, párr. 122.

³ Sentencia Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú, de 22 de septiembre de 2009, párr. 125.

⁴ Sentencia Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, de 24 de febrero de 2011, párr. 237.





personas contra la Desapariciones Forzadas declarándola conforme a la Constitución.

A su vez, el tipo penal específico del delito de desaparición forzada de personas fue introducido en nuestra legislación por la Ley N° 20.357 de julio de 2009.

DECIMOSEGUNDO: Conforme a la disposición vigesimocuarta transitoria de la Constitución, este tipo de delitos puede ser objeto de la jurisdicción subsidiaria de la Corte Penal Internacional, la que "sólo podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma" (inciso final de la disposición transitoria vigesimocuarta de la Constitución).

DECIMOTERCERO: En consecuencia, los delitos base de la gestión pendiente se ciñen a la ley penal vigente al momento de los hechos: lo anterior, no implica que la gravedad de los delitos cometidos que, en este caso de autos, comprometen la responsabilidad internacional del Estado de Chile, al ser la víctima un ciudadano francés. Por lo tanto, es deber estatal de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales de todos los intervinientes y de sancionar estos gravísimos delitos de lesa humanidad.

2.- Sobre el tipo penal de la asociación ilícita.

DECIMOCUARTO: El Tribunal Constitucional ya resolvió una impugnación similar en la Sentencia Rol N° 2651/2014, rechazando el requerimiento, con lo cual reiteraremos parte de la doctrina emanada de dicha decisión.

DECIMOQUINTO: El requirente sostiene que el artículo 292 del Código Penal importa la transgresión del principio de taxatividad de la ley penal ya que estos artículos describen de un modo abierto un reproche penal inasible. "Uno de ellos es la asociación creada con el objeto de atentar contra el orden social, no describiendo el legislador a qué se refiere con el orden social, ni redirigiendo a otra norma de igual o menor jerarquía que especifique en qué consisten aquellas asociaciones creadas con el objeto de atentar contra el orden social. En definitiva, la norma redirige a un concepto indeterminado, que deberá ser integrado por el juez al interpretar la norma, es decir, estamos frente a una ley penal en blanco abierta" (fs. 19 del expediente constitucional).

Adicionalmente cuestiona que no define el núcleo de lo prohibido, no refiere los elementos objetivos del delito de asociación ilícita, no los vincula a un tipo específico de atentados que fundan el sentido de esta organización ilegal. Concluyendo que la mejor expresión de tal vaguedad se refiere en la motivación de la sentencia al identificar la participación del requirente se indica que "de los



000310
Trescientos días

11

elementos de prueba queda acreditado que conformaba el grupo de represión que habían creado los Comandantes de la Base Aérea, con el objeto de atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas y las propiedades" (fs. 20 del expediente constitucional).

DECIMOSEXTO: En toda regla aplicativa del derecho hay que estar a una modalidad de examen de la norma rectamente interpretada. Por lo tanto, exégesis inhabituales o pronunciamientos extraordinarios no pueden hacer parte de un control de constitucionalidad puesto que la norma impugnada ha de sostenerse dentro de parámetros de racionalidad interpretativa básica, cuestiones que por lo demás son de legalidad, sobre la base de la cual es admisible realizar el examen de control de constitucionalidad. Por ende, interpretaciones plausibles admiten el control constitucional regular, ya que respecto de las otras interpretaciones fuera de la hermenéutica reconocible como habitual, es resorte del juez de fondo fijar su adecuada interpretación, conforme a los principios y reglas establecidos en el Código Civil.

DECIMOSÉPTIMO: En tal sentido, se trata de delitos que en el actual estadio del ordenamiento nacional se tratarían de desapariciones forzadas de personas las que son calificadas como delitos de lesa humanidad. La pregunta relativa a qué tipo de delitos o crímenes estarían vinculados con la asociación ilícita está referida, por cierto, a hechos previos a estas determinaciones legislativas. Sin embargo, no resulta razonable desvincular el tenor de las calificaciones normativas como si no hubieran existidos delitos base. Por ende, se trata de un tipo de interpretación que no le compete a esta Magistratura resolver puesto que resulta sencillo determinar en el nivel de los hechos la adecuada subsunción normativa (STC 2651/2014, c. 14°).

DECIMOCTAVO: El reproche del requirente al tipo penal del artículo 292 del Código Penal se centra en los alcances de la expresión "toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social ...".

Esta figura penal no ha estado exenta de críticas doctrinarias de la que da buena cuenta la STC 2651 en sus considerandos 15° a 18°, en donde repasa nítidamente esa polémica.

Esta Magistratura no tiene dudas del alcance poroso y vago de sus alcances como si representase un tipo penal que puede extenderse a cualquier tipo de delitos no importando la relevancia del mismo. Recordamos que la Constitución da cuenta de una regla prohibitiva que está en la base de la caracterización del delito de asociación ilícita. Siendo el derecho de asociación un derecho fundamental, el inciso cuarto del numeral 15° del artículo 19 de la Constitución establece que "prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado".





En tal sentido, la relación existente entre “orden social” y “orden público” la advirtió el propio Alfredo Etcheberry en una perspectiva crítica sobre el reproche penal añadido que introduce al ordenamiento.

Sin embargo, lo que resulta decisivo no es el carácter indeterminado de la expresión “atentar contra el orden social” sino que la especificación interpretativa que se pretende aplicar en un caso concreto. Por lo mismo, al igual que en la STC 2651 estimamos que tiene un doble efecto. Por un lado, los artículos 292 y 293 del Código Penal no expande el núcleo esencial de la conducta punible hacia delitos o crímenes diversos que están en la base de la gestión pendiente. Y, por otro lado, tiene un sentido restrictivo puesto que la caracterización de la asociación ilícita disminuye el alcance de crímenes y delitos que no se vinculan con la gestión pendiente.

DECIMONOVENO: En este sentido es claro que la perpetración de un atentado contra el orden social no ha sido la base de las condenas decretadas en las fases previas de la gestión pendiente. Por lo mismo, nuestra Magistratura afirmó que “los elementos no descriptivos del tipo penal no constituyen, per se, una infracción al principio de determinación protegido por la Constitución. Estos elementos tienen una funcionalidad acorde con los fines del Derecho penal y pueden configurarse de un modo acorde con las garantías constitucionales, complementando los elementos descriptivos necesarios para identificar la conducta punible.” (STC 2651, c. 29º).

3.- La reforma peyorativa como estándar constitucional.

VIGÉSIMO: En virtud de la prohibición de la reforma peyorativa “no cabe que el Tribunal que conozca de un recurso, dicte una resolución más gravosa para el único recurrente o recurrente solitario. Se trata de una garantía para dicho recurrente quien sabe, de antemano, que la decisión del órgano que resuelva el recurso no le puede perjudicar. Tal recurrente, por un lado, tiene la garantía de no sufrir ningún perjuicio a consecuencia de su propio recurso y, además, de establecer el ámbito de actuación del Tribunal que deba resolverlo.”⁵

VIGESIMOPRIMERO: Para el Tribunal Constitucional Español, la prohibición de la reforma peyorativa se relaciona con el derecho a tutela judicial efectiva (STCE 16/2000) y con el principio acusatorio (STCE 155/2009).

En esta perspectiva, la prohibición de la *reformatio in peius* se relaciona con el derecho a la defensa, pues prohibir el agravamiento de la situación del

⁵ Guixé, Elena (2016): “Consideraciones sobre el principio de *non reformatio in peius* y el actual sistema de recursos en el ámbito penal”, en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Nº 2, Año 2016, pp. 215-254, p. 218.



000311
Treinta y once

13

recurrente es una consecuencia directa y necesaria del objeto defensivo del recurso, esto es, obtener una ventaja o disminuir el agravio. Asimismo, se vincula a la defensa pues garantiza al procesado la mayor libertad y tranquilidad para recurrir, pues tiene la certeza de que no será perjudicado más que por la propia sentencia impugnada.⁶

Este principio se aplica exclusivamente en los recursos, cuando el condenado es el único recurrente. "La infracción de la prohibición de reforma peyorativa se dará cuando en virtud de su propio recurso, el condenado –o en su caso, los condenados–, vean perjudicada su situación y, por tanto, la regla de la *non reformatio in peius*, no será de aplicación cuando ambas partes recurran la resolución del órgano *ad quo*. Cuando se den pretensiones impugnatorias concurrentes, el objeto del recurso se amplía y el órgano *ad quem* entrará en todos los motivos del recurso, es decir, tanto los dirigidos a pedir la absolución o una disminución de la condena –por parte del condenado– como los dirigidos a pedir la condena o su agravación –por parte de la acusación–."⁷

VIGESIMOSEGUNDO: En cuanto a la jurisprudencia constitucional sobre reforma peyorativa o recurrir para peor, el Tribunal Constitucional ya ha rechazado dos requerimientos de inaplicabilidad en contra del artículo 548 (STCs Roles N°s 1250 y 3150).

Ha afirmado, en primer lugar, que "ningún precepto de nuestra Ley 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" (STC 1250, c. 6°).

VIGESIMOTERCERO: En segundo lugar, se estableció que el recurso de casación en el fondo "tiene por finalidad subsanar los vicios de derecho que se hayan cometido en la sentencia impugnada, lo cual pone de relieve que su sentido último, independientemente de que se haya interpuesto en interés de una de las partes en la litis, es el de precaver y asegurar la integridad del ordenamiento jurídico y su observancia por los sentenciadores." (STC 1250, c. 6°). "...es perfectamente posible que el tribunal de casación, cumpliendo con su rol de asegurar la interpretación y aplicación correctas del derecho y de garantizar la igualdad ante la ley, pueda detectar que, en la especie, no sólo se

⁶ Barrientos, Ignacio (2007): "Prohibición de la *reformatio in peius* y la realización de un nuevo juicio", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9, p. 182.

⁷ Guixé, Elena (2016): "Consideraciones sobre el principio de *non reformatio in peius* y el actual sistema de recursos en el ámbito penal", en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, N° 2, Año 2016, pp. 215-254, p. 231.





han aplicado adecuadamente, según las circunstancias del caso, aquellas disposiciones que condenan al requirente a la pena impuesta por el tribunal *a quo*, sino que eventualmente no se tuvieron en consideración elementos agravantes de la responsabilidad penal, los que estaría autorizado a aplicar en el ejercicio de su función contralora de la plena juridicidad de los fallos." (STC 1250, c. 8º). En tal sentido, la integridad del ordenamiento jurídico como función suprema de la más alta corte del país exige indicar cómo pueden ser compatibles ambos propósitos.

VIGESIMOCUARTO: En tercer lugar, se sostiene que el Recurso de Casación es un recurso extraordinario que implica la determinación de dos sentencias: la primera, de invalidación y la segunda de reemplazo. La sentencia de invalidación es aquella dirigida a la dimensión correctiva del derecho no teniendo ninguna posibilidad que esa sentencia genere algún efecto peyorativo. En cambio, es la segunda sentencia, la de reemplazo en donde es susceptible de producirse tal efecto. Sin embargo, 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, del Código de Procedimiento Civil, que es la norma general y supletoria en la materia)". (STC Rol 3150, c. 5º).

VIGESIMOQUINTO: En cuarto término, hay que explicar la aplicación y los límites del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal. Lo anterior, implica que hay que demostrar o ilustrar que el agravamiento sea consecuencia de la causal acogida. Y un segundo elemento, es que dicha causal sea acogida dentro de los límites que la ley autoriza. Lo anterior, es esencial puesto que la norma no opera automáticamente y no produce una severidad irreflexiva (STC 3150, c. 11º).

IV.- APLICACIÓN DE ESTOS CRITERIOS AL CASO CONCRETO.

VIGESIMOSEXTO: En el caso planteado por el requirente no se deduce una aplicación del artículo 292 del Código Penal sin la existencia de otro delito. Resulta evidente en la sentencia de la Corte de Apelaciones, que el delito base es el de secuestro calificado (fs. 119 de este expediente constitucional). Tampoco aparece expandido el núcleo de lo prohibido respecto de cualquier atentado al orden social, puesto que la sentencia limita el reproche a ese delito específico. Y, finalmente, porque hay amparo constitucional para la sanción punitiva de las asociaciones ilícitas (artículo 19, numeral 7º, literal g) e inciso cuarto del numeral 15º del artículo 19 de la Constitución). Por ende, es resorte del intérprete de la ley penal verificar que haya una recta y razonable interpretación que no permita expandir indeterminadamente la noción de "atentar contra el orden social", cuestión que está desestimada en este caso concreto.



000312
Trescientos doce

15

VIGESIMOSÉPTIMO: La aplicación del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal no produce indefensión en el caso concreto.

En primer lugar, porque el problema que se trata de evitar no se produjo. Hay que recordar que estas normas, a juicio del requirente, "produce el desincentivo de recurrir ante la Excm. Corte, no obstante que la parte agraviada estime que la sentencia definitiva contiene reparos que deban ser subsanados por ese tribunal". El desincentivo no fue suficientemente poderoso puesto que el requirente interpuso sendos recursos de casación, los que fueron proveído el 28 de Febrero de 2018 por la Corte de Apelaciones de Santiago y elevado los autos para el conocimiento de los mismos por parte de la Excm. Corte Suprema.

VIGESIMOCTAVO: En segundo lugar, de los antecedentes disponibles y de la argumentación del requirente no se vislumbra cómo la Corte Suprema podría aumentar las penas en este caso, al acoger el recurso de casación en el fondo. Este recurso fue interpuesto por infracción de las normas reguladoras de la prueba, referido específicamente a la media prescripción regulada en el art. 103 del Código Penal, que no fue aplicada por la Corte de Apelaciones. En consecuencia, no es posible que la Corte Suprema, acogiendo esta causal de casación en el fondo, y dentro de los límites legales, pueda aumentar la pena del requirente.



VIGESIMONOVENO: En tercer lugar, lo que se discute actualmente en la gestión pendiente es la admisibilidad de los recursos de casación presentados. A fs. 241 consta que la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos, y que actualmente debe resolverse el recurso de reposición. La aplicación del precepto impugnado se vuelve en este caso remota. Cabe consignar que la Sentencia Rol 3525 de la Excm. Corte Suprema, de 15 de marzo de 2018, desestimó el recurso porque "en la forma que ha sido deducido el recurso, no podrá ser admitido a tramitación, toda vez que sólo se ha invocado la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, que supone la existencia de las normas reguladoras de la prueba, sin embargo los fundamentos fácticos esgrimidos no dicen relación con la aludida causal, faltándole el grado de certeza y determinación que requiere un recurso de derecho estricto" (c. 5°).

TRIGÉSIMO: En cuarto lugar, este caso dista de ser resuelto únicamente por la norma que se estima impugnada. Es así como los artículos 535 del Código de Procedimiento Penal y el inciso segundo del artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, cumplen con el mismo propósito de poder resolver, eventualmente, con una reforma peyorativa la decisión de un recurso.



TRIGESIMOPRIMERO: Finalmente, en este caso el requirente no ha explicado cómo este precepto podría tener aplicación en el caso concreto, y en el caso de aplicarse, contiene límites claros para los jueces. No se trata de una facultad soberana y arbitraria, sino que puede ser una posibilidad resultante de aplicar correctamente el derecho penal. Pero no está demostrado que el agravamiento iba a ser una consecuencia de la causal acogida en el recurso de casación y porque no resulta plausible que dentro de sus límites de un eventualísimo acogimiento –circunstancia contrafáctica en el presente caso- se produzca una severidad automática.

TRIGESIMOSEGUNDO: En consecuencia, a partir de estos criterios mínimos y sin recurrir a otros elementos argumentativos adicionales, estimamos que el presente requerimiento debe rechazarse.

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:

1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO RESPECTO DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 548, INCISO SEGUNDO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Y DEL ARTÍCULO 292, EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 293 Y 294, DEL CÓDIGO PENAL.

2) QUE, HABIÉNDOSE PRODUCIDO EMPATE DE VOTOS, NO SE HA OBTENIDO LA MAYORÍA EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, NUMERAL 6°, DE LA CARTA FUNDAMENTAL PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD REQUERIDA RESPECTO DEL ARTÍCULO 548, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, MOTIVO POR EL CUAL SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO EN ESTA PARTE.

3) DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 210. OFÍCIESE AL EFECTO.



000313
Trescientos Trece

17

DISIDENCIAS:

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente), Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes estuvieron por acoger la impugnación de autos en lo relativo al artículo 548 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de las siguientes argumentaciones:

PRIMERO: Que, a través del presente requerimiento de inaplicabilidad, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal, y en particular lo relativo al precepto legal que faculta a la Corte Suprema para que, conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto en interés del condenado, pueda decidir aplicar una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada. Lo anteriormente descrito es lo que en doctrina se conoce como "*reformatio in peius*".

SEGUNDO: Que, al respecto, expone el requirente que la posibilidad de que la Corte Suprema, conociendo del medio de impugnación reseñado, pueda modificar la penalidad en perjuicio del mismo recurrente, provoca un efecto contrario al artículo 19 N° 3 de la Constitución, en lo relativo a las garantías de un debido proceso, en particular en sus manifestaciones relativas a la necesidad de que exista un tribunal imparcial, observancia del derecho al recurso y respeto al derecho a la defensa.

TERCERO: Que en relación al instituto de la *reformatio in peius* se ha indicado que 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).

CUARTO: Que por su parte, el Tribunal Constitucional Español sobre la materia ha precisado que "*La reformatio in peius, o reforma peyorativa, constituye una modalidad de incongruencia procesal que tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso tiene un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación*" (Rol 23/2003 c. 5).





QUINTO: Que, a su vez, los autores María Inés Horwitz y Julián López, citando a Julio Maier han manifestado en relación a la *reformatio in peius* que "Esta garantía consiste en la prohibición que pesa sobre el tribunal que revisa una resolución jurisdiccional por la interposición de un recurso de modificarla en perjuicio del imputado, cuando ella sólo hubiese sido recurrida por él o por otra persona autorizada por la ley, en su favor" (*Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile (2003), Tomo I, p. 237*). Agregan los mencionados profesores que a través de esta regla "se busca impedir que el imputado sea perjudicado sorpresivamente por una resolución sin que haya podido defenderse de aquellos extremos de la misma que lo afectan".

SEXTO: Que, en este contexto, y tal como ha consignado esta Magistratura, el verdadero problema que genera la *reformatio in peius* es que la sola interposición del recurso genera el riesgo de elevar la pena impuesta a su respecto, lo que dejaría -al recurrente- en una situación más desfavorable que la que tendría de no haber recurrido (disidencia STC Rol N° 3150, c. 10).

SÉPTIMO: Que es precisamente el efecto descrito el que esgrime el requirente como fundamento de su cuestionamiento de constitucionalidad al indicar que una regla como la contenida en el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal "produce el desincentivo de recurrir ante la Excm. Corte, no obstante que la parte agraviada estime que la sentencia definitiva contiene reparos que deban ser subsanados por ese tribunal, dado que, acogiendo el recurso, puede empeorar la posición en que se encuentra el acusado". Agrega que "Lo anterior equivale a negar precisamente la posibilidad de recurrir, ante el razonable temor que tenga la defensa de que el recurso pueda ser acogido, y la sentencia de contener una condena más elevada" (a fojas 13 del requerimiento).

OCTAVO: Que, de este modo, la consecuencia indicada que deriva de la aplicación del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal, es lo que resulta cuestionable desde el punto de vista del respeto a las garantías del debido proceso para estos disidentes. En relación a esta última garantía cabe recordar que este Tribunal ha consignado 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 y justa en sí, vale decir, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, que no en criterios arbitrarios" (STC Rol N° 2137, c. 5).



NOVENO: Que, junto a lo anterior, este sentenciador ha afirmado 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°).

A partir de lo reseñado, en la STC Rol N° 3150 se indicó que 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 que resultan exigibles.

DÉCIMO: Que, en el orden de ideas expuesto, la aplicación al caso concreto de un precepto como el contenido en el artículo 548 del Código de Procedimiento Penal resulta atentatorio a la mencionada garantía constitucional y en general a la idea de un justo y racional juzgamiento. En efecto, tal como se consignó en la disidencia de la STC 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).



DECIMOPRIMERO: Que, lo anterior guarda estrecha relación con la idea de que la prohibición de *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 (disidencia STC Rol N° 3150, c. 14°).

DECIMOSEGUNDO: Que por lo demás, cabe indicar que las argumentaciones expuestas ya han sido recogidas por este Tribunal Constitucional,



tal como ocurrió a propósito del control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que creó la Comisión para el Mercado Financiero, oportunidad en la cual este Tribunal declaró la constitucionalidad del artículo 71, incisos primero y séptimo, contenido en su artículo 1º, 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 50º) (énfasis agregado).

DECIMOTERCERO: Que, junto a los argumentos ya vertidos en relación al debido proceso y a la incidencia que la *reformatio in peius* puede suponer para el libre ejercicio del derecho al recurso, cabe también tener especial consideración por el contexto normativo procedimental en el cual se expresa esta limitación. En efecto, la aplicación del precepto en cuestión se verifica en el marco de un proceso criminal sustanciado bajo las normas del antiguo Código de Procedimiento Penal, el cual configura un procedimiento con serias deficiencias en lo que al respecto a las garantías de un justo y racional juzgamiento se refiere, toda vez que se trata de un procedimiento inquisitivo con una cuestionable confusión de los roles investigativos y decisorios en la persona del juez, todo ello unido a una serie de disposiciones que establecen instituciones procedimentales que muchas veces se desarrollan al margen de las cautelas necesarias para el respeto y observancia de las garantías del justiciable.

DECIMOCUARTO: Que, en el mismo orden de ideas, corresponde tener en cuenta que el análisis de la disposición cuestionada en el presente requerimiento no puede escindirse de las características del procedimiento en que se insertan, pues muchas de las deficiencias constitucionales que se le puedan atribuir se vinculan estrechamente con los defectos de un procedimiento que desde su origen ha sido cuestionado. Basta recordar al respecto que el mismo legislador del viejo Código de Procedimiento Penal, además de excusar por la decisión de no establecer un sistema de justicia criminal más moderno, en razón de las limitaciones de los recursos financieros y humanos del país en aquel momento, también se lamentaba por la falta de un juicio público oral y de la existencia de etapas procesales a cargo de jueces diferentes.

DECIMOQUINTO: Que a mayor abundamiento resulta revelador hacer memoria de lo que señalaba el Mensaje del Código de Procedimiento Penal, que al referirse a la modernización de la justicia manifestaba que *"se comprende fácilmente que el sistema puede ser establecido en países ricos y poblados. En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado (...) Ni siquiera ha sido posible separar en este Proyecto las funciones de juez instructor de las del juez sentenciador, reforma ya adoptada en el Código de Procedimientos Criminales de la República Argentina"*. Agregaba el mismo Mensaje *"Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El juez sumariante adquiere la*



000315 21
trescientos quince

convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no solo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado, a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario".

DECIMOSEXTO: Que siendo de este modo, estos disidentes no pueden dejar de considerar que la disposición cuestionada pretende ser aplicada en el marco de un proceso penal de discutible observancia a las garantías del justiciable y -en lo que nos importa- al debido proceso. Así, cuando el requirente expone haber recibido sentencia condenatoria por el delito de asociación ilícita, y haber recurrido de casación en la forma y apelación, sin que se hayan subsanado los defectos -que en su concepto- presenta el mencionado fallo, la única vía de impugnación que le resta, está constituida por la posibilidad de recurrir de casación en el fondo, motivo por el cual el ejercicio de este recurso no debe encontrarse sujeto a ningún tipo de limitación o amenaza que entrampe o dificulte su ejercicio.



DECIMOSÉPTIMO: Que es precisamente esto último lo que se produce a partir de la aplicación del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal al caso concreto, pues cuando dicho precepto legal señala que en caso que la Corte Suprema acoja el recurso de casación en el fondo deducido en interés del condenado, podrá aplicar a éste [...], *una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada*, lo que hace es someter al condenado a la consideración de un elemento adicional como es la posibilidad cierta de recibir una condena más alta que aquella que consigna la sentencia recurrida, desincentivando de este modo el ejercicio de un medio de impugnación contemplado en el ordenamiento jurídico para ser conocido en la medida que se verifiquen los presupuestos procesales que lo hacen procedente, pero del cual derivará una decisión de acoger la impugnación o bien de rechazarla, pero en caso alguno con un agravamiento de la sanción impuesta.

DECIMOCTAVO: Que lo anterior parece lógico si consideramos que la Corte Suprema al conocer del mencionado recurso, analizará las supuestas infracciones de derecho en que incurriría el fallo recurrido para de esta forma acoger el recurso, enmendar el defecto y restablecer el imperio del derecho mediante la invalidación del mismo o bien para rechazarlo por no ser efectivos los defectos planteados, caso en el cual se ratificará lo resuelto en la instancia precedente, al no concurrir los vicios que ameritarían la invalidación de la sentencia.

DECIMONOVENO: Que siendo ese el objetivo del recurso de casación en el fondo, esto es, obtener la invalidación de una sentencia dictada con infracción a alguno de los presupuestos legales que habilitan a recurrir y que provocan en



definitiva un agravio a la parte afectada, no se advierte el fundamento para que, conociendo de dicho recurso, se exponga al mismo agraviado a la posibilidad de sufrir una pena de mayor envergadura que aquella que le fue impuesta originalmente por el tribunal que efectivamente conoció del asunto y, por este medio, se desincentive el ejercicio de un medio de impugnación que por regla general no conlleva esa consecuencia.

VIGÉSIMO: Que, por tanto, en atención a los argumentos expuestos y en especial consideración a las circunstancias de su aplicación al caso concreto, en el contexto de un proceso penal tramitado al amparo de las normas del antiguo Código de Procedimiento Penal, la aplicación del artículo 548 del mencionado cuerpo legal, resulta contrario a las garantías de un justo y racional procedimiento para el requirente, por lo que estos disidentes se manifiestan a favor de la inaplicabilidad del mismo, entendiendo que existían fundamentos para una sentencia estimatoria.

Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (Presidente) y Cristián Letelier Aguilar estuvieron por acoger, también, la impugnación del artículo 292 en relación con los artículos 293 y 294, todos del Código Penal por las siguientes consideraciones:

1º. Que, la asociación ilícita se encuentra establecida en el Código Penal en el Párrafo X, del Título Sexto denominado "DE LOS CRIMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA EL ORDEN Y LA SEGURIDAD PÚBLICOS COMETIDOS POR PARTICULARES" contenido en el Libro II, conforme a lo cual el tipo penal del artículo 292 del citado código castiga a quienes no siendo funcionarios públicos participan en una organización criminal. De manera que en la asociación ilícita, y respecto de la participación en el delito, quien tenga la calidad de empleado público será un extraneus;

2º. Que, el delito de asociación ilícita contemplado en el Código Penal, y que se impugna por el requirente, ciertamente presenta problemas de constitucionalidad atendida su naturaleza, considerando que se está ante un tipo penal de peligro abstracto, esto es, que en su consumación baste la realización de una acción que ponga en peligro el bien jurídico protegido para que se satisfaga dicho tipo o como expresa una calificada doctrina "la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo"(Roxin, Claus Derecho Penal, parte general, Tomo I Fundamentos, Editorial Civitas, 2007, p.407) lo que queda en evidencia al expresar la norma penal que "importa un delito que existe por el sólo hecho de organizarse";

3º. Que, la Constitución Política en el inciso noveno del numeral tercero del artículo 19 dispone que "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella", precepto que consagra



000316 23
Trescientos dieciséis

constitucionalmente el principio de tipicidad, el que busca eliminar todo vestigio de ambigüedad en la conducta ilícita que lleva consigo un castigo;

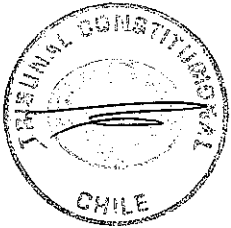
4°. Que, la estructura del tipo penal de la asociación ilícita en la forma en que el legislador lo diseñó, esto es, como un delito de peligro abstracto, conlleva a una afectación del referido principio, atendido la vaguedad de los términos que utiliza como lo es "orden social", "buenas costumbres", lo que se agudiza al establecer en otra norma las penas que el delito lleva consigo;

5°. Que, esta Magistratura ha señalado, precisamente respecto al alcance del mencionado principio que él "exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en la norma (de rango legal), de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia (previa) acerca de la conducta que les resultará exigible. En tal virtud, solo serán sancionados aquellas personas respecto de quienes se pueda presumir que han estado en situación de conocer cabalmente lo que se describe como conducta indebida y sujeta a sanción. De esa manera, la Constitución cautela también que no se produzcan arbitrariedades jurídicas o judiciales en la aplicación de esos preceptos y permite la crítica y el control de las decisiones que se toman en su virtud". (STC Rol N°479 c.25);

6°. Que, el caso concreto, donde se condena al requirente -funcionario de la Fuerza Aérea de Chile- como integrante de una asociación ilícita, puede haber desplegado cualquier tipo penal de aquellos que contempla nuestra legislación salvo el de pertenecer a una pandilla criminal que sea asociación ilícita, porque le es incomprensible a quien es funcionario público aquello en los términos en que la disposición legal censura lo hace. Atentar por un grupo de aviadores contra el orden social es una hipótesis muy amplia, lo que hace que la tipicidad que exige la Carta Fundamental a la norma penal no sea respetada;

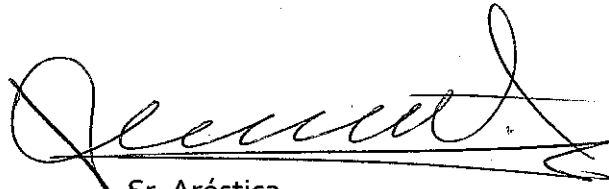
7°. Que, por consiguiente, efectuado el test de constitucionalidad en relación al caso concreto, aparece de manifiesto, para estos ministros, que el artículo 292 del Código Penal en relación con los artículos 293 y 294, ambos del mismo código, resultan contrarios a la Carta Fundamental, y en consecuencia la acción de inaplicabilidad deducida en estos autos debe acogerse respecto a la disposición penal que contempla el delito de asociación ilícita.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino, y las disidencias, los Ministros señores José Ignacio Vásquez Márquez y Cristián Letelier Aguilar, respectivamente.





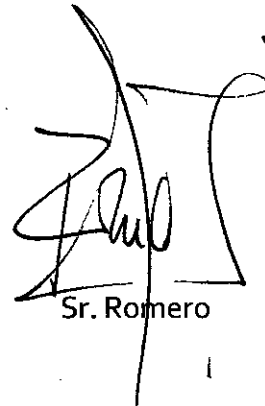
Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.
Rol N° 4512-18-INA.



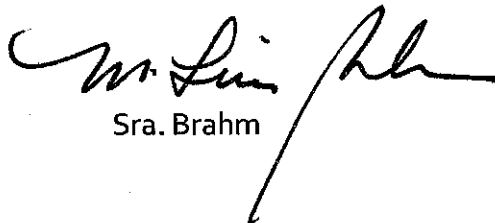
Sr. Aróstica



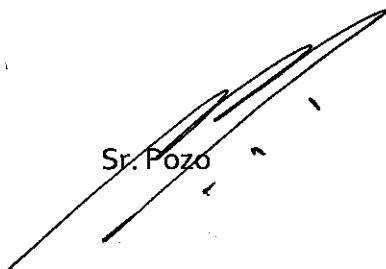
Sr. García



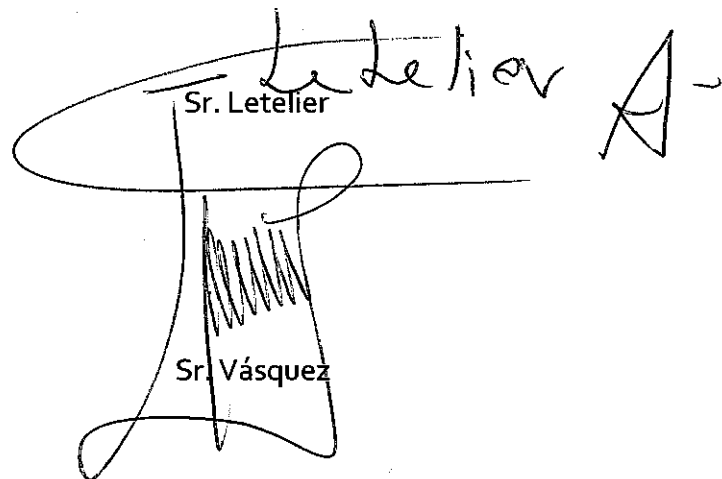
Sr. Romero



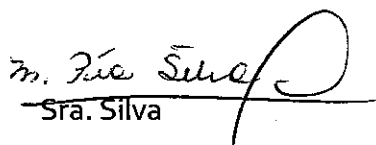
Sra. Brahm



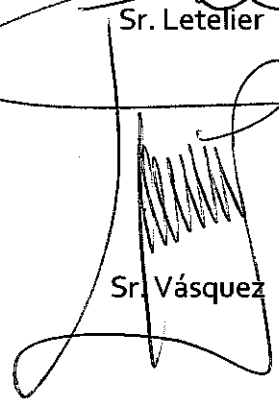
Sr. Pozo



Sr. Letelier



Sra. Silva



Sr. Vásquez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez y señora María Pía Silva Gallinato.

Autoriza al Secretaria suplente del Tribunal Constitucional, señora Mónica Sánchez Abarca.

