

Santiago, cinco de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

Con fecha 9 de julio de 2009, los abogados Matías Mundaca Campos y Miguel Alfaro Cortés, en representación de Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro, presentaron un requerimiento de inaplicabilidad, por una parte, de los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal y, por la otra, del artículo 390 del Código Penal, en relación con la causa RIT 22-2009, RUC 0800077921-1, seguida ante el Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes.

Según consta del auto de apertura del juicio oral, el día 23 de enero del año 2008, a las 14:40 horas aproximadamente, el acusado Leonardo del Tránsito Mazuela Montenegro concurrió hasta el domicilio ubicado en Villa San José de Casuto, pasaje A, casa N° 10, comuna de Rinconada, perteneciente a María Elena Toro Paredes, con quien mantiene dos hijos en común y convivió durante catorce años aproximadamente. Lo anterior a efectos de retirar algunas especies, debido a que hacía aproximadamente diez días atrás habían dejado de vivir juntos. En esa ocasión se produce una discusión entre ambos, procediendo el acusado a agredir con golpes de pie y puño a Toro Paredes, dejándola en el suelo y una vez ocurrido esto toma un cuchillo, de diez centímetros de hoja, con empuñadura de madera, y le infiere a la víctima dos estocadas en la espalda. A consecuencia de lo anterior, María Elena Toro Paredes resultó con herida penetrante torácica, neumotórax izquierdo y policontusa, lesiones que de

no mediar tratamiento oportuno y eficaz le hubieran ocasionado la muerte.

Estos hechos fueron calificados por el Ministerio Público como parricidio frustrado, previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal.

Respecto del artículo 364, que dispone que las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal son inapelables, y de los artículos 372 a 387, que conforman el Título IV del Libro III del Código Procesal Penal y regulan el recurso de nulidad, señalan los requirentes que violan, en primer término, el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política.

En dicho precepto se impone a los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, derechos fundamentales que se encuentran garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Uno de esos tratados es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dicho tratado establece en su artículo 8.2.h) que toda persona tiene derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior.

Indican los actores que la Corte Interamericana ha señalado al respecto lo siguiente:

- a) Que “el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal...”.
- b) Que la posibilidad de recurrir del fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.
- c) Que debe tratarse de “un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho”.
- d) Que el recurso debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida, esto es, ha de ser “un recurso amplio que permita que el tribunal superior realice un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior.”

Plantean los requirentes que los artículos 372 a 383 y 387 del Código Procesal Penal establecen causales precisas y determinadas para la procedencia del recurso, requisitos de preparación del medio de impugnación en algunos casos así como de admisibilidad, que en muchas ocasiones provocan que el recurso ni siquiera sea conocido por el tribunal superior jerárquico; asimismo prohíben la interposición de otro tipo de recursos en contra de la resolución que falla el de nulidad, todo lo cual debe considerarse contrario a la Carta Fundamental, toda vez que no se respeta ni garantiza a las partes que el recurso sea accesible, sea ordinario y, además, que tenga el carácter de eficaz.

A su vez, los artículos 364 y 384 a 386 del Código, al ser aplicados en el asunto pendiente, producirán efectos contrarios al derecho fundamental al recurso, toda vez que no garantizan que a través de éste el tribunal ad quem realice un examen integral de la cuestión controvertida.

Hacen presente que, en ningún caso, el hecho de solicitar la inaplicabilidad implica una negación del propio derecho invocado a recurrir del fallo, en atención a que éste se garantiza a través del recurso de apelación, con la subsistencia de las normas que lo hacen procedente en los términos del artículo 370 del mismo cuerpo legal.

Exponen los actores que los preceptos antes mencionados infringen, en segundo lugar, el artículo 19, N° 3°, incisos segundo y quinto, de la Carta Fundamental.

Al respecto, señalan que las normas que objetan producen una infracción al derecho fundamental a la defensa jurídica, atendido el carácter restrictivo de las disposiciones que regulan el recurso de nulidad, toda vez que procede sólo respecto de causas precisas y determinadas en la ley, coartando así el derecho a impugnar la decisión judicial sin mayores restricciones; además de impedir ejercer una plena defensa consistente en la posibilidad de exponer ante el tribunal ad quem íntegramente el caso, incluyendo la cuestión fáctica.

Agregan que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen, como uno de los presupuestos del debido proceso, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores.

En el caso sub lite, también se produce una infracción a este derecho, dado que la aplicación de los preceptos legales impugnados no garantiza un examen integral de la cuestión debatida.

Exponen que las normas en análisis violan, en tercer término, el artículo 19, N° 26°, de la Carta Política.

Indican, en tal sentido, que ellas no satisfacen las exigencias de respetar el contenido esencial del derecho al recurso.

En relación con el artículo 390 del Código Penal, plantean los requirentes que dicha disposición, al pretender aplicarse en el proceso penal en que incide la acción de inaplicabilidad, resulta ser contraria al artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Carta Fundamental.

Ello, porque al introducirse como sujeto pasivo del delito al "conviviente", determina que no se satisfaga la exigencia constitucional de que la ley debe describir, al menos, el núcleo esencial de la conducta típica o sus elementos más determinantes.

Señalan, en este sentido, que el legislador al incorporar al tipo penal dicha figura no fijó algún límite temporal ni usó alguna expresión que deslinde el concepto. De este modo, han debido ser los jueces los que determinen el contenido del mismo. Así, por una parte, se ha estimado que basta la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia, que entiende como convivencia la acción de convivir, vivir en compañía de otro. Por la otra, este concepto debe asimilarse al menos en parte al de matrimonio,

es decir, ha de existir un vínculo de afecto, vida en común y vinculación sexual frecuente, un estado de convivencia, similar al que produce el matrimonio, el que implica una estabilidad del vínculo y una unión afectiva.

La amplitud del mismo dependerá, entonces, de la postura valórica de los jueces, quienes en única instancia y soberanamente determinarán su alcance. Si el tribunal considera que la convivencia es lo mismo que el matrimonio, entonces el hecho será parricidio, aun cuando ella no exista actualmente. Si no lo estima así, el hecho será un simple homicidio. Ello, expresan, atenta contra la seguridad jurídica y viola el principio de reserva legal.

Concluyen los actores afirmando que la norma del artículo 390 del Código Penal, en aquella parte que incluye como sujeto pasivo del delito de parricidio al conviviente, no sólo es una ley penal en blanco sino que es una ley penal abierta ya que deja entregada a los jueces del fondo la determinación, con entera discrecionalidad, de lo que es convivencia o no y, por lo tanto, de lo que es parricidio o no lo es.

Por resolución de 21 de julio de 2009, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento.

Con fecha 13 de agosto de 2009, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, en su representación, formuló sus observaciones al requerimiento deducido.

En relación con la petición de la parte requirente de que se declaren inaplicables los artículos 364 y 372 al 387 del Código Procesal Penal, indica que ello constituye un

reclamo abstracto sobre un medio de impugnación en particular establecido en dicho cuerpo legal.

Dicho carácter abstracto resulta evidente si se considera el momento en que se deduce la acción constitucional, esto es, pendiente la celebración de la audiencia del juicio oral, o sea, cuando aún no se puede saber si existirá sentencia condenatoria en contra del requirente que obligue a la defensa a hacer uso del recurso de nulidad.

Señala que un requerimiento que se sustenta en una situación como ésta, no puede ser planteado por la vía dispuesta en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política.

La Carta Fundamental ha establecido en el inciso decimoprimer del artículo 93, como exigencias que debe cumplir toda acción de inaplicabilidad, que exista una gestión pendiente en que las normas que se objetan puedan ser aplicadas, resultar decisivas en la resolución de un asunto y que el reclamo sea razonablemente fundado.

Con estos requisitos se previene por el constituyente la posibilidad de que la acción sea tan genérica y desatienda tan notoriamente el estado de la causa, que devenga, en definitiva, en una pretensión de control abstracto de normas a través del expediente de deducirse en relación con un proceso en el que ni siquiera existe certeza que éstas vayan a tener aplicación.

Respecto a la impugnación del artículo 390 del Código Penal, plantea el Fiscal Nacional que, tal como lo ha

señalado este Tribunal, a través de la acción de inaplicabilidad no se puede pretender impugnar determinada interpretación que puedan hacer los jueces en relación a una norma en particular, toda vez que ello, más que un problema de constitucionalidad, en realidad implica un cuestionamiento del ejercicio de una facultad que es inherente a la judicatura.

Por otra parte, agrega, no se está en presencia de una norma penal en blanco, sino que de un tipo penal que contiene un elemento normativo, lo cual es algo muy distinto y dice relación con una técnica de redacción de normas penales de uso común en nuestra legislación y especialmente en el Código Penal.

En la especie, el legislador introdujo esta modificación al artículo 390 de dicho cuerpo normativo contemplando en el tipo penal del parricidio la convivencia, con la finalidad de asimilar la gravedad de la figura punible que sanciona al cónyuge que da muerte al otro, a la extendida situación de la convivencia, en tanto implica un grado de reproche similar ante el ataque a la vida de quien ha mantenido con el agente una relación de carácter tan estrecho.

Concluye afirmando que, como todo elemento normativo, éste adquiere un significado que siempre requiere de valoraciones, las cuales quedan de cargo de quienes son los llamados a interpretar la ley, esto es los jueces, no siendo procedente, entonces, confundir una cuestión de hermenéutica legal con una de constitucionalidad.

Habiéndose traído los autos en relación con fecha 7 de junio de 2010, se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados Humberto Romero Fuentes, por la parte requirente, y María Cecilia Ramírez Guzmán, por el Ministerio Público, el día 17 de junio del presente año.

Y CONSIDERANDO:

I. LOS VICIOS DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADOS.

PRIMERO: 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”*. La misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”*;

SEGUNDO: Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión

pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente, y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

TERCERO: Que, en relación al primer requisito, en el caso de autos se solicita la inaplicabilidad de diversos preceptos legales en la gestión judicial consistente en el proceso penal por delito de parricidio frustrado, RUC N° 0800077921-1, RIT N° 22-2009, sustanciado ante el Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, por lo que existe gestión pendiente que se sigue ante un tribunal ordinario;

CUARTO: Que, en lo que se refiere al segundo requisito, la inaplicabilidad es formulada por el querellado en el proceso penal ya individualizado, por lo que tiene la calidad de parte en la gestión pendiente en la que incidirá el presente pronunciamiento de inaplicabilidad;

QUINTO: Que, en el caso de autos, se impugnan los artículos 364, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386 y 387 del Código Procesal Penal y el artículo 390 del Código Penal, que pueden resultar decisivos para la resolución del asunto y cuyo texto reza de la manera que sigue:

CÓDIGO PROCESAL PENAL

“Artículo 364.- Resoluciones inapelables. Serán inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal.”

“Artículo 372.- Del recurso de nulidad. El recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley.

Deberá interponerse, por escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral.”

“Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y

b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”

“Artículo 374.- Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados:

a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya

recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio;

b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;

c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;

d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;

e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e);

f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, y

g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada."

"Artículo 375.- Defectos no esenciales. No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso."

“Artículo 376.- Tribunal competente para conocer del recurso. El conocimiento del recurso que se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), corresponderá a la Corte Suprema.

La respectiva Corte de Apelaciones conocerá de los recursos que se fundaren en las causales señaladas en el artículo 373, letra b), y en el artículo 374.

No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, cuando el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra b), y respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponderá pronunciarse a la Corte Suprema.

Del mismo modo, si un recurso se fundare en distintas causales y por aplicación de las reglas contempladas en los incisos precedentes correspondiere el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, ésta se pronunciará sobre todas. Lo mismo sucederá si se dedujeren distintos recursos de nulidad contra la sentencia y entre las causales que los fundaren hubiere una respecto de la cual correspondiere pronunciarse a la Corte Suprema.”

“Artículo 377.- Preparación del recurso. Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regule el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto.

No será necesaria la reclamación del inciso anterior cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374;

cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto, cuando éste hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se tratare de anular, ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia.”

“Artículo 378.- Requisitos del escrito de interposición. En el escrito en que se interpusiere el recurso de nulidad se consignarán los fundamentos del mismo y las peticiones concretas que se sometieren al fallo del tribunal.

El recurso podrá fundarse en varias causales, caso en el cual se indicará si se invocan conjunta o subsidiariamente. Cada motivo de nulidad deberá ser fundado separadamente.

Cuando el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra b), y el recurrente sostuviere que, por aplicación del inciso tercero del artículo 376, su conocimiento correspondiere a la Corte Suprema, deberá, además, indicar en forma precisa los fallos en que se hubiere sostenido las distintas interpretaciones que invocare y acompañar copia de las sentencias o de las publicaciones que se hubieren efectuado del texto íntegro de las mismas.”

“Artículo 379.- Efectos de la interposición del recurso. La interposición del recurso de nulidad suspende los efectos de la sentencia condenatoria recurrida. En lo demás, se aplicará lo dispuesto en el artículo 355.

Interpuesto el recurso, no podrán invocarse nuevas causales. Con todo, la Corte, de oficio, podrá acoger el recurso que se hubiere deducido en favor del imputado por un

motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el artículo 374.”

“Artículo 380.- Admisibilidad del recurso en el tribunal a quo. Interpuesto el recurso, el tribunal a quo se pronunciará sobre su admisibilidad.

La inadmisibilidad sólo podrá fundarse en haberse deducido el recurso en contra de resolución que no fuere impugnabile por este medio o en haberse deducido fuera de plazo.

La resolución que declarare la inadmisibilidad será susceptible de reposición dentro de tercero día.”

“Artículo 381.- Antecedentes a remitir concedido el recurso. Concedido el recurso, el tribunal remitirá a la Corte copia de la sentencia definitiva, del registro de la audiencia del juicio oral o de las actuaciones determinadas de ella que se impugnaren, y del escrito en que se hubiere interpuesto el recurso.”

“Artículo 382.- Actuaciones previas al conocimiento del recurso. Ingresado el recurso a la Corte, se abrirá un plazo de cinco días para que las demás partes solicitaren que se le declare inadmisibile, se adhirieren a él o le formularen observaciones por escrito.

La adhesión al recurso deberá cumplir con todos los requisitos necesarios para interponerlo y su admisibilidad se resolverá de plano por la Corte.

Hasta antes de la audiencia en que se conociere el recurso, el acusado podrá solicitar la designación de un

defensor penal público con domicilio en la ciudad asiento de la Corte, para que asuma su representación, cuando el juicio oral se hubiere desarrollado en una ciudad distinta.”

“Artículo 383.- Admisibilidad del recurso en el tribunal ad quem. Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior, el tribunal ad quem se pronunciará en cuenta acerca de la admisibilidad del recurso.

Lo declarará inadmisibile si concurrieren las razones contempladas en el artículo 380, el escrito de interposición careciere de fundamentos de hecho y de derecho o de peticiones concretas, o el recurso no se hubiere preparado oportunamente.

Sin embargo, si el recurso se hubiere deducido para ante la Corte Suprema, ella no se pronunciará sobre su admisibilidad, sino que ordenará que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que, si lo estima admisible, entre a conocerlo y fallarlo, en los siguientes casos:

a) Si el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), y la Corte Suprema estimare que, de ser efectivos los hechos invocados como fundamento, serían constitutivos de alguna de las causales señaladas en el artículo 374;

b) Si, respecto del recurso fundado en la causal del artículo 373, letra b), la Corte Suprema estimare que no existen distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del mismo o, aun existiendo, no fueren determinantes para la decisión de la causa, y

c) Si en alguno de los casos previstos en el inciso final del artículo 376, la Corte Suprema estimare que concurre respecto de los motivos de nulidad invocados alguna de las situaciones previstas en las letras a) y b) de este artículo."

"Artículo 384.- Fallo del recurso. La Corte deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado de conocer de él.

En la sentencia, el tribunal deberá exponer los fundamentos que sirvieren de base a su decisión; pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas, salvo que acogiere el recurso, en cuyo caso podrá limitarse a la causal o causales que le hubieren sido suficientes, y declarar si es nulo o no el juicio oral y la sentencia definitiva reclamados, o si solamente es nula dicha sentencia, en los casos que se indican en el artículo siguiente.

El fallo del recurso se dará a conocer en la audiencia indicada al efecto, con la lectura de su parte resolutive o de una breve síntesis de la misma."

"Artículo 385.- Nulidad de la sentencia. La Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere

aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

La sentencia de reemplazo reproducirá las consideraciones de hecho, los fundamentos de derecho y las decisiones de la resolución anulada, que no se refieran a los puntos que hubieren sido objeto del recurso o que fueren incompatibles con la resolución recaída en él, tal como se hubieren dado por establecidos en el fallo recurrido.”

“Artículo 386.- Nulidad del juicio oral y de la sentencia. Salvo los casos mencionados en el artículo 385, si la Corte acogiere el recurso anulará la sentencia y el juicio oral, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

No será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia.”

“Artículo 387.- Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código.

Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá

el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.”

CÓDIGO PENAL

“**Artículo. 390.** El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.”

SEXTO: Que, según se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, el requirente pretende la inaplicabilidad de los preceptos legales del Código Procesal Penal reprochados en estos autos, aduciendo, en síntesis, que dichas disposiciones infringen el debido proceso al no permitir impugnar lo resuelto ante un tribunal superior, mediante un recurso de apelación, afectando así el derecho a la defensa. A su vez, el artículo 390 del Código Penal infringiría la exigencia de que la conducta se encuentre suficientemente descrita en la ley;

SÉPTIMO: Que de lo dicho se desprende que en la especie han concurrido todas las exigencias y requisitos constitucionales y legales para que este Tribunal se pronuncie sobre el problema de fondo planteado por el requirente. Así, corresponde analizar, en esta fase, los razonamientos jurídicos de las partes y la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto de los preceptos legales aplicables a la referida gestión judicial;

II. DERECHO AL RECURSO.

OCTAVO: Que, como se ha señalado, los requirentes sostienen que los artículos 364 y 372 a 387 del Código Procesal Penal infringen el derecho al debido proceso que la Constitución consagra. Precisan que el artículo 19, N° 3°, de la Constitución consagra el derecho a un proceso legal, racional y justo, y que el artículo 5°, inciso segundo, de la misma Constitución, que obliga a respetar y promover los derechos humanos, debe complementarse con lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos. Indican que en dicha disposición se señala como una garantía mínima del proceso penal el "*derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*" Agregan, apoyándose en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dicho recurso debe ser accesible, ordinario, eficaz y amplio (Caso Herrera Ulloa con Costa Rica, 2 de julio de 2004). Aducen que dicha garantía no se cumple por el recurso de nulidad que regulan las disposiciones impugnadas. En primer lugar, porque dicho recurso establece causales específicas de procedencia para la impugnación, así como diversas formalidades, lo que reduce su accesibilidad. En segundo lugar, la naturaleza del recurso no garantiza un examen "integral", esto es, de las cuestiones de hecho y de derecho, por el tribunal que conoce del recurso (ad quem). La situación descrita generaría un agravio al derecho a la defensa penal, porque impide exponer los elementos del caso, incluyendo las cuestiones de hecho y la prueba en que se sustentan, ante un tribunal superior. Añaden que ello establecería una limitación al derecho que lo afecta en su

esencia (artículo 19, N° 3°, incisos tercero y quinto, en relación al artículo 19, N° 26°);

NOVENO: Que, en relación a este alegato, el Ministerio Público adujo que el requerimiento no se encontraba razonablemente fundado, pues lo genérico del reclamo del requirente hace que éste devenga, en realidad, en una pretensión de control abstracto de normas;

DÉCIMO: Que de la lectura del requerimiento se desprende que los fundamentos del mismo están más bien dirigidos no a una determinada aplicación concreta de normas legales que pueda resultar inconstitucional, sino que contra todo el diseño legislativo del sistema de recursos del Código Procesal Penal. En tal sentido, como ha sostenido este Tribunal, no le corresponde pronunciarse sobre cuestionamientos genéricos u opciones de política legislativa (sentencias roles N° 664, C. 17°, N° 966, C. 6°, y N° 1003, C. 4°);

DECIMOPRIMERO: Que, por otra parte, la impugnación formulada, en cuanto plantea la pregunta sobre si procede el recurso de nulidad por una errada apreciación de la prueba, implica una cuestión de interpretación legal de las causales del recurso, esto es, el alcance de sus motivos de procedencia, cuestión que pertenece al ámbito de competencias del juez del fondo;

DECIMOSEGUNDO: Que, no obstante lo anterior y entrando al fondo del asunto, cabe sostener, en primer lugar, que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso. Así se ha señalado, entre otras sentencias,

en los roles N° 376, 389, 478, 481, 821, 934 y 986. De este modo, se ha dicho expresamente que *“el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...”*;

DECIMOTERCERO: Que, a mayor abundamiento, tratándose del imputado criminal, dicho derecho es expresamente reconocido en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.5 que: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*. La Convención Americana de Derechos Humanos dispone que: *“Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante todo el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”*. Ambas normas están

vigentes en nuestro país conforme al artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución;

DECIMOCUARTO: Que, sin embargo, aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación. Como se ha sostenido por esta Magistratura, *"dentro de los principios informadores del proceso penal se encuentra la configuración del mismo en base a la única o a la doble instancia, opción de política legislativa que corresponde al legislador decidir, en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y justo procedimiento, contenidas en el artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental, que deben ser entendidas, además, limitadas por la garantía genérica de respeto a los derechos fundamentales como límite al poder estatal, establecida en la primera parte del inciso segundo del artículo 5º de la misma;"* (Sentencia rol N° 986, de 30.01.2008, C. 26º);

DECIMOQUINTO: Que, en efecto, como lo ha indicado esta Magistratura en diversas sentencias, la decisión de sustituir o modificar el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales constituye una problemática que -en principio- deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo

93, número 6º, de la Carta Fundamental (entre otros, Rol 1065-2008);

DECIMOSEXTO: Que, en este sentido, es necesario reiterar que el Tribunal Constitucional sólo ejerce un control de constitucionalidad, sin que le corresponda analizar el mérito de una regulación legal. En efecto, esta Magistratura ha afirmado que *“el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional”*. (Sentencia Rol N° 591/2006, considerando 9º). Ha agregado, adicionalmente, que: *“En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido”* (Idem. En el mismo sentido, vid., entre otros, roles N°s 231, consid. 7º; 242, consid. 3º; 465, consid. 23º; 473, consid. 11º; 541, consid. 15º, y, recientemente, 786). En suma, *“la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la*

constitucionalidad de los actos de los primeros no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas” (Rol N° 535/2006, consid. 11º, y en el mismo sentido Rol N° 517/2006, consid. 12º);

DECIMOSÉPTIMO: Que, continuando con los razonamientos referidos al derecho al recurso, en segundo lugar, la nulidad no puede juzgarse usando como parámetro el recurso de apelación. El recurso de apelación se caracteriza por su mayor alcance. La doctrina ha dicho que “la apelación es un recurso amplio que conduce al *examen fáctico y jurídico*” (Roxin, Claus, “Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pág. 456). En virtud de la apelación se enjuicia lo realizado por el tribunal inferior tanto en sus dimensiones jurídicas como fácticas. Particularmente, la apelación permite al juez superior formarse una nueva convicción sobre la prueba aportada en el primer juicio. Es un medio de impugnación apto, por lo tanto, para examinar todos los elementos del juicio hecho por el juez inferior. Pero de lo anterior no se sigue que exista una exigencia constitucional de equiparar todos los recursos a éste, ni mucho menos el recurso de nulidad. De hecho, existen razones constitucionales importantes para distinguir el recurso de nulidad de la apelación. Como lo ha dicho uno de los redactores de nuestro Código: *“Recurriendo a algunas ideas básicas, en primer lugar, a lo que podremos denominar la ‘centralidad del juicio oral’, expresión encaminada a reforzar su rol no sólo de núcleo principal del enjuiciamiento sino su condición de suprema garantía ofrecida*

por el sistema a los justiciables; en segundo término, a la fecundidad de la inmediación en la labor de formar la convicción de los jueces y, en tercer término, a la obvia comprobación, proclamada por Binding ya más de cien años atrás, en orden a que autorizar la apelación importa privilegiar la opinión del tribunal menos informado por sobre la del que mejor conoce el negocio, los redactores del Código chileno optamos por seguir a Vélez Mariconde y eliminamos - como irónicamente declara él a los cuestionamientos referidos a la supresión de la segunda instancia, por falta de apelación - no esta instancia, sino la primera... al entregar, desde luego, el juzgamiento a un tribunal colegiado de tres jueces. De esta forma, la principal modalidad impugnadora de lo resuelto por el tribunal de juicio oral en lo penal, la constituye un recurso de nulidad y no uno de apelación". En síntesis, "las normas de los Tratados Internacionales que aseguran el derecho al recurso en contra de la sentencia condenatoria, no exigen uno que importe revisión de los hechos; en otras palabras, que lo asegurado es el derecho al recurso, pero no el derecho a un recurso determinado, como puede ser la apelación o la casación". (Tavolari Oliveros, Raúl, "De los recursos en el nuevo Código Procesal Penal Chileno", en Revista de Derecho Procesal, N° 20, Universidad de Chile, pág. 395);

DECIMOCTAVO: Que, en tercer lugar, el recurso de apelación es de configuración legal pues el artículo 19 N° 3°, inciso quinto, en materia de debido proceso, convoca precisamente al legislador para la determinación de las "garantías de un procedimiento y una investigación racionales

y justos". Además, el artículo 63, N° 3, señala como una de las materias reservadas a la ley "las que son objeto de codificación...procesal...". Fuera de ello, la sujeción a la ley es un principio de la actuación de los órganos jurisdiccionales, como todo órgano público, que tiene manifestaciones específicas para el poder judicial (artículo 7º, inciso primero, en relación al artículo 76). Toda vez que el recurso de apelación es configurado por el legislador, cabe tener presente que, como cuestión de política legislativa, se conciben dos modelos de recurso de apelación. Por una parte, *"puede concebirse la apelación como una renovación del proceso primitivo anterior, una repetición sustancial de sus trámites, una reiteración de lo tramitado hasta llegar a la resolución de la que se recurre"*. Por otra parte, *"se puede concebir a la apelación no como una repetición del proceso anterior, sino como una revisión del mismo, es decir, como una depuración de sus resultados que lleva, por lo tanto, no a un juicio nuevo, sino a una revisio prioris instantiae"* (Guasp, Jaime, y Aragoneses, Pedro, "Derecho Procesal Civil", Tomo II, Civitas, Madrid, 7ª ed., 2006, pág. 459). Dichas concepciones son opciones legítimas del legislador. Cuando la apelación tiene naturaleza revisora se la acerca al régimen de la nulidad. En otras palabras, incluso en el recurso "ordinario por antonomasia", puede limitarse su alcance, dentro de los márgenes de la Constitución. *"La concepción de la apelación como una renovación del juicio se funda en el supuesto principio del doble grado de la jurisdicción, a tenor del cual todos los asuntos tienen que pasar por dos grados de la jerarquía*

judicial antes de que pueda obtenerse un resultado formalmente terminado de los mismos. En cambio, para la concepción revisora ese principio del doble grado no tiene carácter absoluto, sino que es meramente una concesión que se hace a las partes de que tengan la posibilidad de que una sentencia, normalmente terminada en primera instancia, pueda, sin embargo, ser atacada ante el superior inmediato jerárquico, mediante un proceso distinto que lleve a su depuración” (Guasp, Jaime, y Aragoneses, Pedro, ob. cit., pág. 460);

DECIMONOVENO: Que, de este modo, el derecho al recurso no debe entenderse como sinónimo del derecho al recurso de apelación, sin perjuicio de lo cual esta Magistratura ha señalado que se ve afectada la igual protección de los derechos *“cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar”* (Rol 1535-2009);

VIGÉSIMO: Que, en cuarto lugar, no se produce la indefensión que el recurrente reclama pues existe un recurso que, además, tiene como causal la violación a los derechos fundamentales. En efecto, las partes, particularmente el imputado, tienen abierta la posibilidad de impugnar la eventual sentencia no sólo mediante la nulidad, sino que también mediante todos los medios que la ley granjea, atendido el primario estado procesal de la causa. Ahora bien, justamente el recurso de nulidad establece como una de sus causales que *“se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados*

internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes" (artículo 373, letra b). Luego, se establece como uno de los requisitos de la sentencia definitiva, cuyo incumplimiento da lugar a la nulidad, "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 (artículo 342, letra c)". Esta última disposición citada señala: "Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieran por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegue la sentencia". Por tanto, y, a la vista de las disposiciones legales expuestas, la cautela de los derechos fundamentales del imputado está absolutamente garantizada por la posibilidad de impugnar la sentencia. Además, queda claro a esta Magistratura que, a diferencia de lo sostenido por el requirente, el tribunal que conoce del recurso de nulidad no tiene negado el análisis de los medios probatorios ni de la convicción alcanzada sobre ellos. La ley dice precisamente

que la sentencia, para ser válida, debe permitir, en materia de prueba, "la reproducción del razonamiento utilizado";

VIGESIMOPRIMERO: Que, en quinto lugar, de acuerdo con la historia legislativa, se justificó la excepcionalidad del recurso de apelación, en tres argumentos. Primero, que se ha separado la actividad de investigar y juzgar. En el nuevo sistema procesal la investigación está entregada sólo al Ministerio Público, mientras que el juzgamiento pertenece exclusivamente a los tribunales con competencia penal. En el sistema procesal antiguo, la apelación se justificaba en el hecho de que el tribunal de alzada era verdaderamente independiente del acusador, es decir, del juez de primera instancia. Tal fundamento desaparece hoy en día, pues la independencia de ambas funciones está asegurada desde la primera etapa del proceso. En este sentido, el Senador Diez anotó que *"no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia para luego duplicar el juicio en la Corte o fallar en base a actas, perdiendo la inmediación necesaria que debe tener el tribunal. Agregó que el juicio penal oral y público con un tribunal colegiado es la esencia del debido proceso y es la justificación del ministerio público como órgano acusador independiente; permitir luego que todo sea revisado en base a actas sería borrar de una plumada todo el esfuerzo que ha significado la reforma. Coincidieron con esta apreciación los otros señores miembros de la Comisión, quienes señalaron que no se concilian ambos sistemas, especialmente porque se suprime la prueba tasada, y que estableciendo una casación amplia se suple la ausencia de apelación. Agregaron que es importante cambiar el actual*

sistema de recursos, porque en la práctica se traduce en tres instancias." (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado);

VIGESIMOSEGUNDO: Que, además, se privilegió el control horizontal por sobre el jerárquico. Se confió en que el establecimiento de un tribunal colegiado otorga las garantías de independencia y control que, bajo el sistema antiguo, entregaba el conocimiento de la apelación por el Tribunal de Alzada. La Cámara sostuvo que *"siendo el tribunal de juicio oral colegiado, no se justificaba, en principio, un recurso de apelación como el que ahora existe, que pretende la revisión de la resolución adoptada, tanto en los aspectos de hecho como en los de derecho"* (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados). Por su parte, en el Senado, se tuvo en cuenta para aprobar el sistema vigente la opinión de los profesores Tavolari y Bofill, quienes afirmaron que *"no tiene sentido tener un tribunal colegiado en primera instancia, si todo el mundo sabe que el que verdaderamente va a resolver es alguien que va a leer, porque en ese caso cobra relevancia no lo que ocurre en la audiencia, sino cómo eso se va a registrar en las actas."* Asimismo, *"el profesor José Bernales dijo que el debido proceso está, entre otras cosas, suponiendo la existencia de los recursos al tribunal superior; sin embargo, agregó que la existencia de tribunales colegiados de primera instancia elimina los recursos, de modo que si bien es cierto en su informe a la Comisión que redactó la Constitución incorporó el derecho a recurso, dejó en claro que, en su concepto, ese tribunal es un tribunal colegiado, lo que llamó*

en primera instancia, lo que quiso decir es el que emite el primer pronunciamiento, eso excluye los recursos.” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado);

VIGESIMOTERCERO: Que, por último, los principios de inmediación y oralidad impiden que se pueda “hacer de nuevo” el juicio. La Cámara de Diputados consideró que *“la oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si, en vez de darle el poder de decisión final, salvo excepciones, al tribunal que asiste al juicio oral, se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral. No sólo se pondría el énfasis en la lectura del expediente, sino que se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado”*. A lo que agregó que *“el recurso de apelación, en el sentido de un tribunal de segunda instancia que conoce con la misma amplitud de competencia y con la misma capacidad de modificación de la sentencia de los tribunales de primera instancia, es un recurso propio del sistema inquisitivo y es completamente incompatible con el juicio oral”* (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados). Por su parte, en el Senado *“la Comisión coincidió con el mérito de la propuesta, en orden a que no sea apelable la sentencia pronunciada por el tribunal de juicio oral. Pesó en su ánimo no sólo la composición del tribunal oral, sino el hecho de que éste habrá desarrollado*

su trabajo con sujeción a los principios de oralidad y de inmediación, y que aceptar la apelación importaría destruirlos, porque la Corte de Apelaciones, al conocer de ella, lo haría sobre la base de la escrituración, puesto que deberá estudiar los registros y actas de lo obrado, y de la mediación, toda vez que no tomará conocimiento directo y personal de la prueba. De esta manera, la reforma procesal penal sería sólo aparente, puesto que, por la vía de recurrir de apelación, la última decisión correspondería a un tribunal que seguiría resolviendo del mismo modo en que lo hace hoy día” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado);

VIGESIMOCUARTO: Que, finalmente, cabe hacerse cargo de una idea subyacente en el alegato del requirente. Toda vez que solicita la inaplicabilidad de las normas que regulan el recurso de nulidad y aquella que enumera las resoluciones apelables, naturalmente lo que espera es que, acogándose el recurso, proceda en contra de la sentencia dictada por el tribunal oral en lo penal respectivo el recurso de apelación. Sin embargo, no por declarar inaplicables los preceptos legales en cuestión se hará procedente el recurso de apelación. El requirente parte, implícitamente, de una premisa equivocada, esto es, que el sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil es aplicable al sistema procesal penal. Sin embargo, lo que ocurre es que el artículo 361, cuya inaplicabilidad no solicita el requirente y que, por lo tanto, incluso acogándose el presente recurso, es de aplicación obligatoria en la gestión pendiente, establece que “los recursos se regirán por las normas de este Libro.

Supletoriamente serán aplicables las reglas del Título III del Libro Segundo de este Código". Ahora, si bien es cierto que el artículo 52 dispone que "serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, existen varios argumentos que permiten interpretar que no procederá el recurso de apelación. En primer lugar, pues toda vez que no se ha solicitado la inaplicación del artículo 361 del Código y constituyendo éste una regla especial en relación al artículo 52, siempre recibirá aplicación por sobre la regla general. En segundo lugar, porque aun considerando que se aplicara el artículo 52, el caso del recurso de apelación y de nulidad es uno donde las normas comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil se oponen a lo estatuido en el Código Procesal Penal. El sistema de recursos del Código Procesal Penal es absolutamente incompatible con las normas del procedimiento civil vigente, pues obedecen a distintos principios inspiradores. Desde ya la oralidad, publicidad e inmediación son incompatibles con la admisión amplia del recurso de apelación. En tercer lugar, el legislador tuvo la intención explícita de apartarse del sistema de recursos del Código de Procedimiento Civil. En efecto, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara se dijo que la apelación (y la consulta) *"no resultan en general compatibles con el nuevo sistema. La primera razón para ello dice relación a la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del juicio oral*

en el procedimiento propuesto. La vigencia de un sistema oral requiere que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen en el juicio. En consecuencia, su revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad, confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación” (Maturana Miquel, Cristián (coord.), “Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias”. Tomo III, Universidad de Chile, 2003, pág. 13). Por su parte, el Senado “estimó que una remisión a las normas comunes de la apelación civil podría entorpecer el recurso, porque son sistemas incompatibles” (Maturana Miquel, Cristián (coord.), ob. cit., pág. 50);

III. TIPICIDAD PENAL.

VIGESIMOQUINTO: Que, en cuanto al segundo capítulo de la acción de inaplicabilidad, el requirente sostiene que el artículo 390 del Código Penal infringe el artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Constitución, toda vez que no satisface la exigencia constitucional atinente a que la ley debe describir, al menos, el núcleo esencial de la conducta típica o sus elementos más determinantes;

VIGESIMOSEXTO: Que la Constitución Política de la República establece en el artículo 19, N° 3°, ciertos límites para el ejercicio de la potestad punitiva estatal. Entre otros, dispone que *“la Constitución asegura a todas las personas: N° 3°... Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su*

perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.... Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". En rigor, en estas disposiciones se contienen distintas garantías, pero el régimen que ellas crean es denominado por la doctrina especializada, en general, como "principio de legalidad" en materia penal. Sin perjuicio de las varias interpretaciones que se le han dado, y de las que se da cuenta más adelante, el mencionado principio establece, por una parte, un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, como se ha señalado en otras oportunidades por esta Magistratura, la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política aprobó como artículo 19, N° 3°, inciso final, en el anteproyecto entregado a la Junta de Gobierno el 18 de octubre de 1978: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar esté expresa y completamente descrita en ella". Esta formulación la propuso el profesor Raúl Bertelsen, argumentando que con ella *"no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal, ya que ella debe bastarse a sí misma y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena."* (Opinión que consta en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 399, del 12 de julio de 1978). Después de la opinión coincidente del Consejo de Estado, en cuyas actas quedó constancia del sentido prohibitivo que el

precepto así redactado tenía para la existencia de las leyes penales en blanco, la Junta de Gobierno eliminó la palabra “completamente”, dejando sólo la expresión “expresamente”. En todo caso, no existen evidencias inequívocas acerca de la historia fidedigna de esta modificación, que permitan aclarar su significado (Ignacio Covarrubias C., Historia fidedigna de la Constitución de 1980. La Junta de Gobierno, p. 25);

VIGESIMOCTAVO: Que el texto definitivo del artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico. Este criterio está basado en el sentido que se atribuye a la supresión de la expresión “completamente”, ya mencionada en el acápite anterior, y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión “expresamente” frente a los requisitos que predominantemente la doctrina atribuye a la legalidad de la ley penal. En el lenguaje de la sistemática penal, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que ésta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquélla. Esta misma Magistratura señaló, en sentencia Rol N° 24, de fecha 4 de diciembre de 1985, lo siguiente: *“Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en*

todo sentido a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa.”;

VIGESIMONOVENO: Que la interpretación sobre el alcance del inciso final del número 3º del artículo 19, descrita, no es unánime en la doctrina ni en la jurisprudencia chilena, en las que se presentan matices y diferencias. El profesor Alfredo Etcheberry estima que la exclusión de la expresión “completamente” no altera sustancialmente el espíritu vigente al incluir el precepto, consistente en consagrar la legalidad de la norma penal en su amplitud, esto es reserva y tipicidad. Al recordar que la formulación del anteproyecto señalaba que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, el tratadista señala: “Las palabras claves, por cierto, son las dos últimas, ya que aparentemente se establece una prohibición absoluta de disociar la descripción de la conducta” (tipificación) por un lado, y la “imposición de la pena” por otro: ambas deberían brotar directamente de la ley penal. Al parecer tal fue el propósito que inspiró el precepto, según las actas de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Constitución. Y es de hacer notar que eso no varió por la circunstancia de que la exigencia primitiva de una descripción “completa y expresa” de la conducta se haya reducido a requerir una descripción expresa. En efecto, la prohibición de disociar “conducta descrita” y “pena establecida” proviene, según se ha dicho,

de los dos últimos vocablos: "en ella", que no fueron alterados.". Concluye el autor admitiendo que con el texto constitucional comentado "podría aceptarse la validez de leyes en blanco propias, siempre que fueran parcialmente en blanco, y no totalmente." (Alfredo Etcheberry: Derecho Penal. Parte general, T. I, Ed. Jurídica de Chile, 2005, pág. 84). Por su parte, el profesor Enrique Cury, al referirse a las exigencias relativas a las leyes penales en blanco e indicar las determinantes de la descripción de la conducta sancionada, sostiene que *"incluso si se hubiese conservado la redacción primitiva del precepto constitucional, las leyes penales en blanco no hubieran quedado proscritas del ordenamiento jurídico, no obstante el propósito manifestado de sus redactores en tal sentido. Esto porque, como se ha visto, el tipo penal no sólo contiene la descripción de una conducta, sino otras referencias (las circunstancias) que, aunque exógenas a ella, concurren a determinar su punibilidad; más aún, en algunos casos la imposición de la pena puede encontrarse condicionada por factores que ni siquiera integran el tipo (condiciones objetivas de punibilidad, excusas legales absolutorias, obstáculos procesales)".* (Enrique Cury: La ley penal en blanco, Ed. Temis, Bogotá, 1988, pág.74);

TRIGÉSIMO: Que es necesario analizar, desde el punto de vista material, si la descripción que contiene la norma impugnada constituye la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible. Es decir, si cumple con las exigencias del principio de legalidad desde el punto de vista material o sustantivo. La tipicidad exige que la conducta

sancionada se encuentre pormenorizada; que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentre establecida. Distinto es que el juez pueda tener respecto de alguno de sus elementos un margen de interpretación razonable. Esto es concordante con los estándares que este Tribunal ha establecido en la materia en otras ocasiones. (Sentencia, Rol N° 468, de 9 de noviembre de 2006, Rol N° 781 de 27 de septiembre de 2007; roles N° 549, 537 y 538, acumulados, de 31 de marzo de 2007; Rol N° 559, de 7 junio de 2007; y Rol N° 1281, de 13 de agosto de 2009);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, de acuerdo con lo consignado en la sentencia Rol N° 549, la aplicación del principio de tipicidad *"requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, excluyendo la analogía. Un hecho sólo puede ser castigado cuando reviste todas las características contenidas en la descripción del delito; el tipo es la descripción abstracta de una conducta humana punible. La descripción típica acabada y plena constituye un ideal, limitado en la práctica por la imprecisión del lenguaje y la generalidad de la norma. La función garantista de la ley cierta y expresa se entiende cumplida -como lo ha declarado esta Magistratura (sentencia Rol N° 24, de 4 de diciembre de 1984)- cuando "la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales". El carácter expreso -claro, patente, especificado - que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad*

o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales.”
(C. 4°);

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, en el presente caso, dicha descripción del “núcleo de la conducta” está presente, toda vez que, primero, sanciona a aquél que “mate a otro”, cuyo significado se complementa con la histórica jurisprudencia y doctrina en materia de homicidio. Segundo, se exige un dolo específico que consiste en “conocer las relaciones que lo ligan”. No es un mero conocimiento genérico, sino que se requiere que se tenga noticia de un hecho concreto y específico. Tercero, en lo que es relevante para este caso, dicha relación está calificada por la voz “conviviente”. Precisamente, sobre el rol que cumple la voz “conviviente”, en el tipo penal que estudiamos no es transformarlo en un tipo penal “abierto”, como aduce el requirente, sino que se trata de un elemento normativo integrado en el tipo penal;

TRIGESIMOTERCERO: Que, como ha sostenido esta Magistratura en relación a los elementos normativos del tipo: *“La doctrina distingue entre elementos normativos y elementos descriptivos del tipo. Estos últimos son aquellos “que requieren una percepción sensorial”, “que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez”. Los elementos normativos, por su parte, son “los que requieren una comprensión espiritual”; “su ocurrencia presupone una valoración jurídica o cultural”; “sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma” (Roxin, Claus; Derecho Penal. Parte General; T.I;*

Edit. Civitas; Madrid, 2008; págs. 305 y siguientes). En el mismo sentido se expresa Juan Bustos: “los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos sólo con su percepción sensorial”. Los elementos normativos, a su vez, “son aquellos que sólo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo. Para su comprensión se necesita un complemento de carácter sociocultural general...o de carácter jurídico valorativo” (Obras Completas. Derecho Penal. Parte General; T. I; Ediciones Jurídicas de Santiago; Santiago, 2007; págs. 516 y 517).” (Sentencia Rol N° 1281, C. 13°). Agregándose que “como se observa, existen distintos criterios para entender los elementos normativos. Uno es recurriendo al criterio valorativo. En este sentido, son elementos de esta naturaleza todos aquellos cuya ocurrencia presupone una valoración. El juicio de valor que se requiere para completar el sentido del término puede ser de diversas clases: jurídico, social, cultural o con arreglo a valoraciones de la ciencia, la técnica o la experiencia. La otra manera de entender el elemento normativo es recurriendo al criterio intelectual. Como este tipo de elementos excede lo puramente sensitivo, se requiere no una percepción sensorial sino una comprensión del mismo (Ossandón Widow, María; La formulación de los tipos penales; Edit. Jurídica; Santiago, 2009; págs. 87 y ss)”. Así las cosas, “la existencia de elementos normativos en un tipo penal nada tiene que ver con las leyes penales en blanco. En éstas no hay una descripción completa del injusto típico; en cambio, en los tipos con elementos normativos se contiene “una formulación completa, aunque precisada de concreción

valorativa". En los elementos normativos no hay remisión, como en las leyes penales en blanco, a otra norma que completa la regulación, sino "la necesidad de invocar otras normas para la valoración de las características típicas" (Ossandón, M.; ob. cit.; pág. 196). Mientras el elemento normativo deber ser interpretado por el juez, en la ley penal en blanco la conducta prohibida debe ser completada por una norma infralegal o la conducta es tan abierta que no se sabe con certeza qué es lo que debe hacerse o no hacerse para no incurrir en castigo". Concluyéndose que "los elementos normativos, dependiendo del ámbito normativo o referencial al que se remiten, pueden ser, por una parte, elementos normativos jurídicos o, por otra, elementos extrajurídicos. Los primeros se refieren a elementos jurídico-penales (ejemplo: "robo") o a elementos jurídicos extrapenales (ejemplo: "matrimonio", "tributos"); los segundos se refieren a elementos normativos extrajurídicos, que remiten a realidades reguladas por normas sociales o culturales (ejemplo: "trato degradante") (Ossandón, M; ob. cit.; pág. 107)." (STC Rol N° 1281, de 13 de agosto de 2009);

TRIGESIMOCUARTO: Que, a la luz de lo razonado en las anteriores motivaciones, puede señalarse que justamente el concepto de "conviviente" tiene la naturaleza de un elemento normativo del tipo. Dicho concepto deberá ser dilucidado por la interpretación que haga el juez en el juicio concreto;

TRIGESIMOQUINTO: Que, en este mismo sentido, de acuerdo con la historia fidedigna del precepto impugnado, el significado de la "convivencia" debe ser definido por el juez del fondo, de acuerdo con la prueba aportada en el proceso.

En efecto, en el seno de la Comisión Mixta, *“el Honorable Senador Chadwick indicó que con ello, entonces, matar al conviviente será lo mismo que matar al cónyuge, con lo cual esta norma del parricidio queda acorde con las disposiciones de este proyecto. Agregó que, en todo caso, como la convivencia es una situación de hecho que no está definida legalmente, su existencia y las circunstancias que la califiquen como tal, deberán ser acreditadas ante los tribunales de justicia.”* (Informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que deroga la ley N° 19.325 y establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, Boletín N° 2.318-18, pág. 49);

TRIGESIMOSEXTO: Que, por otra parte, en la historia fidedigna del precepto se tuvo la intención explícita de asimilar la convivencia al matrimonio en relación a los supuestos y consecuencias que genera la violencia en la pareja (véase Informe Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, discusión sobre artículo 5° e Informe de la Comisión Mixta; discusión sobre los artículos 2° y 14). Ello nos permite circunscribir aún más la noción de convivencia, por su relación con el matrimonio;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que en tal sentido cabe tener presente, además, que el legislador ha utilizado al menos desde 1940 el concepto en diversas regulaciones, ya sea reconociéndole efectos jurídicos positivos a la convivencia, como titularidad sobre derechos, pretensiones judiciales, beneficios económicos o pensiones (Ley N° 16.282, sobre

sismos o catástrofes naturales; Ley N° 19.696, que introdujo el Código Procesal Penal; Ley N° 19.968, que crea los tribunales de familia; Ley N° 19.980, que amplía los beneficios de la Ley N° 19.123 sobre reparación; DFL N° 1 de 2003, del Ministerio del Trabajo, que fijó el texto refundido del Código del Trabajo); así como fundamento de obligaciones para los convivientes (texto original de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias) e incluso en otras normas penales (Ley N° 19.617, que modificó las normas sobre delitos sexuales; Ley N° 19.927, que penaliza la pornografía infantil);

TRIGESIMOCTAVO: Que, finalmente, hay que recordar que existe una interpretación judicial y doctrinaria muy sólida de su significado. En efecto, el término “convivencia” (anteriormente “concubinato”) se utiliza desde hace varios años y ha sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales. Desde ya, nuestra Corte Suprema ha utilizado estos conceptos desde el año 1904 (Díaz Vargas con Carvajal, sentencia de 16 de diciembre, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. II, secc. 1ª, pág. 227), y le ha otorgado efectos jurídicos y un reconocimiento a dicha relación como una institución que posee un lugar propio en el derecho privado. El reconocimiento de efectos jurídicos por los jueces a la convivencia es una constante en nuestro derecho civil (Ramos Pazos, René, “Derecho de Familia”, T. II, 6ª ed., 2009, pág. 627 y siguientes). Sus elementos, de acuerdo a la doctrina especializada son, por una parte, un elemento objetivo (*corpus*), el vivir juntos y, por otra parte, un elemento subjetivo (*affectio*), la conciencia de compartir la

vida en común. Dicha unión se caracteriza por ser lícita (adecuada al ordenamiento jurídico), notoria o pública, de naturaleza afectiva y por poseer contenido sexual (Donoso Vergara, Florencia y Rioseco López, Andrés, "El concubinato ante la jurisprudencia chilena", Santiago, Lexis-Nexis, 2007; Barrientos Grandón, Javier, "De las uniones de hecho", Santiago, Lexis-Nexis, 2008, págs. 28 a 51 y Ramos Pazos, René, ob. cit., págs. 627 y 628; y la numerosa jurisprudencia citada por dichos autores);

TRIGESIMONOVENO: Que, en consecuencia, la presencia de elementos lingüísticos, y una precedente interpretación judicial y doctrinaria, entregan suficiente contenido al concepto como para ser aplicado por el tribunal del fondo;

CUADRAGESIMO: Que, en cualquier caso, tal como ha interpretado la doctrina civilista, la existencia de la convivencia requiere la determinación de circunstancias de hecho, cuyo establecimiento corresponde a los jueces de la instancia y no a esta Magistratura.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 1°, 4°, 5°, 6°, 7°, 19, N°s 3° y 26° y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE DECLARA: Que se rechaza el requerimiento de fojas 1. Déjese sin efecto la suspensión decretada.

Se previene que la Ministro señora Marisol Peña Torres concurre a la sentencia sin compartir los razonamientos contenidos en los considerandos 36°, 37°, 38° y 39°, por

estimar que contienen argumentos que han de ser ponderados exclusivamente por el juez de fondo.

Redactaron la sentencia los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander y la prevención su autora.

Notifíquese, regístrese y archívese.

ROL N° 1.432-09-INA.

Se certifica que el Ministro señor José Luis Cea Egaña concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por haber cesado en su cargo.

Se certifica que el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán concurrió a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firma por encontrarse en comisión de servicio en el extranjero.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y

señores Enrique Navarro Beltrán, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney. Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, doña Marta De la Fuente Olguín.