



Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil catorce.

VISTOS:

El requerimiento.

A fojas 1, con fecha 7 de abril del año en curso, HERNAN RAMÍREZ RURANGE ha deducido ante esta Magistratura un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 292 y 293 del Código Penal, en la parte que sancionan el delito de asociación ilícita, cuando ésta se constituye para para atentar contra el orden social, a objeto de que surta efectos en la causa criminal referida al secuestro con homicidio de Eugenio Berríos, caratulada "Es parte el Fisco-Ministerio del Interior Qte. Gonzalo Berríos Sagredo y otros con Silva Valdés Arturo-Torres Gacitúa Jaime y otros", que se encuentra actualmente pendiente ante la Excm. Corte Suprema, para conocer de los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos, entre otros, por el requirente, Rol C.S. N° 8278-2013, por estimar que infringen el principio de legalidad, contemplado en el inciso 8° del numeral 3°, del artículo 19 de la Carta Fundamental.



Los preceptos legales impugnados.

Las disposiciones impugnadas establecen:

"Artículo 292. 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."

"Artículo 293. 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."

Gestión pendiente invocada y antecedentes de hecho.

El requirente expone que en el año 1993 el Ministerio del Interior efectuó una denuncia para que se investigara la presunta desgracia del ciudadano chileno Eugenio Berríos Sagredo, que dio origen a los autos Rol N° 7.981, a cargo del Ministro en Visita de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, don Alejandro Madrid, causa en que se investigaron los delitos de secuestro con homicidio, asociación ilícita, obstrucción a la justicia, además de la infracción prevista en el artículo 295 bis del Código Penal.

Agrega que fue sometido a proceso y acusado como autor de los delitos de obstrucción a la justicia, asociación ilícita y secuestro, siendo condenado en primera instancia, en el año 2010, por el delito de secuestro, a una pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo; por el delito de asociación ilícita, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, en ambos casos más las accesorias legales, y absuelto por el de obstrucción a la justicia, atendido lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, en razón de que el referido delito fue modificado por la Ley 20.074, en el año 2005.

Señala que en contra de la referida sentencia interpuso recurso de apelación, reservándose su derecho para formular posteriormente sus observaciones, lo que





efectuó, solicitando la revocación del fallo, argumentando, en cuanto al delito de asociación ilícita -que es lo que interesa al presente requerimiento-, que ésta habría sido constituida para la comisión de un único delito, el de obstrucción a la justicia, tipificado en el artículo 296 del Código Penal, el que a la fecha de la condena había sido derogado de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, manifiesta que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sin atender a los argumentos y consideraciones de hecho y de derecho invocadas en sus observaciones, con fecha 23 de agosto de 2013 procedió a confirmar la sentencia, con declaración de que lo condenaba a penas de 10 años y un día por los delitos de secuestro y de asociación ilícita, más las accesorias del grado, acogiendo la demanda de la sucesión Berrios Sagredo.



Para arribar a la conclusión anterior, indica, la Corte no modificó los términos ni la forma en que el sentenciador de primera instancia estimó configurado el delito, ni los hechos del mismo, sino que solamente desestimó la media prescripción -que había sido acogida en primera instancia- argumentando que no se habría cumplido el plazo de 5 años para los delitos en cuestión y porque no sería aplicable a los delitos de lesa humanidad, como se estimó los materia de la investigación.

Aplicación decisiva del precepto impugnado, conflicto constitucional y disposiciones constitucionales que se estiman infringidas.

Señala que el precepto constitucional que estima infringido consagra la garantía de que *no hay delito sin una ley que así lo establezca*, lo que se materializa en la exigencia de una ley escrita y previa y, asimismo, de una ley estricta, es decir, en una que de manera precisa y determinada tipifique el hecho



punible y la sanción, lo que se conoce como mandato de determinación de la ley penal, que obligaría al legislador a indicar con suficiente claridad y precisión cuáles son los elementos que componen el tipo penal de que se trate, de manera de permitir conocer el sentido y alcance del deber de conducta que imponen.

En tal sentido, sostiene, los preceptos impugnados, en cuanto prescriben que se configura y sanciona el delito de asociación ilícita cuando ésta se constituye para atentar contra el orden social, infringen flagrantemente el principio de legalidad que rige el *ius puniendi* estatal en relación con el mandato de determinación y prohibición de las leyes penales en blanco que contengan remisiones abiertas, ya que no establecen el núcleo de lo prohibido, al no señalar los elementos que componen el tipo penal de que se trata, el que no puede integrarse acudiendo a las reglas generales, ya que el Código Penal no contiene un epígrafe relativo a los delitos contra el orden social ni existen otras normas vigentes que tipifiquen delitos bajo esa denominación y los referidos preceptos no se remiten a ninguna disposición legal o reglamentaria que establezca cuáles son esos delitos, dejando al tribunal de la causa la determinación de a qué ilícitos concretos podría referirse, siendo de este modo abierta la remisión que efectúa el legislador.



Añade que la manifiesta indeterminación del concepto de orden social ha sido también reconocida por la doctrina, citando al efecto al profesor Etcheberry, además de diversa doctrina nacional y extranjera, agregando que este Tribunal ha señalado que la ley debe contener el núcleo central de la conducta punible, transcribiendo al efecto el considerando cuarto de la sentencia Rol N° 1011, dictada en el año 2007, que en su parte final establece que serán contrarias al inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Carta



Fundamental las denominadas leyes penales en blanco propias y las leyes penales en blanco abiertas, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez.

Manifiesta que, si bien en los fallos dictados en la causa no se hace mención expresa a qué clase de asociación ilícita en concreto se le imputa, o bien, los atentados para los cuales se habría constituido, del examen de su contenido es dable deducir que se refieren a delitos contra el orden social. Esto, porque no podría tratarse de una asociación para cometer delitos contra las personas porque los hechos sancionados no conforman esa hipótesis, ya que quedó acreditado en la causa que constituye la gestión pendiente que no intervino en hechos que tuvieran por objeto atentar contra la vida de Berríos y, en todo caso, tal imputación no podría fundar la comisión del delito, en la medida que faltaría un elemento esencial que exige el tipo penal, cual es que la asociación que se constituya tenga por objeto la comisión de una multiplicidad de ilícitos. Por otro lado, señala, tampoco podría tratarse de una asociación ilícita constituida para atentar en contra de las buenas costumbres o las propiedades, en la medida que en la gestión pendiente no se investigaron hechos que pudieran conformar atentados que afecten los referidos bienes jurídicos.

Agrega que de lo razonado en el considerando 14° del mencionado fallo (que debe entenderse referido al 15°), se deduce, por descarte, que el sentenciador consideró que la supuesta asociación habría tenido por objeto atentar contra el orden social.





En suma, cuestiona la remisión abierta que efectúan los artículos impugnados, por no contener referencia a ninguna disposición penal en concreto, sea de rango legal o no, que fije con precisión los contornos de la figura punible, por tratarse de una categoría de leyes penales en blanco expresamente prohibidas por nuestra Constitución, en la medida que infringe la esencia del mandato de determinación que limita el ejercicio de poder punitivo estatal, violentando en su esencia el principio de legalidad consagrado en el inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, puesto que no permiten comprender el sentido y alcance del deber de conducta que imponen.



Tramitación.

Por resolución de fecha 30 de abril del año en curso, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a trámite el requerimiento y, posteriormente, con fecha 22 de mayo siguiente lo declaró admisible, decretando con fecha 29 de ese mismo mes la suspensión del procedimiento de la gestión en que incide.

Con fecha 30 de mayo de 2014 se confirió traslado a los órganos constitucionales interesados y a las partes de la gestión pendiente para que formularan sus observaciones, trámite que sólo fue evacuado por el Programa Continuación Ley 19.123 del Ministerio del Interior y por el Consejo de Defensa del Estado en los términos que se pasa a consignar.

Observaciones del Programa Continuación Ley 19.123.

Mediante presentación de fecha 26 de junio de 2014, agregada a fojas 348 y siguientes, el abogado Rodrigo Cortés Muñoz, por el Programa de Derechos Humanos Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, formuló observaciones al



requerimiento, solicitando su rechazo, con costas, en virtud de lo siguiente:

Plantea como cuestión previa que en la especie se está ejerciendo abusivamente la acción de inaplicabilidad, llamando la atención, en primer término, en el hecho de haberse omitido información relativa a elementos cruciales del contexto jurídico dentro del cual se interpone la presente acción, como son que los delitos de secuestro agravado y de asociación ilícita por los que ha sido condenado en primera y en segunda instancia el requirente, de acuerdo al derecho internacional aplicable en la especie constituyen a su vez crímenes de lesa humanidad.



En segundo lugar, destaca la oportunidad procesal que se utiliza para incoar la presente acción -al final del proceso-, habiendo tenido muchísimas ocasiones para impugnar las normas, que sólo ahora, luego de dos condenas, estima viciadas de inconstitucionalidad. Agrega que ni el recurso de casación ni la acción de inaplicabilidad deben convertirse en una tercera o cuarta instancia, aduciéndose tardíamente supuestos vicios legales o constitucionales respecto de los cuales no se ha reclamado previamente, habiendo existido todas las garantías y oportunidades para plantearlos, advirtiendo que la acción de inaplicabilidad debe quedar a salvo de intereses que podrían ser eventualmente meramente dilatorios, que desnaturalizan la esencia y objeto de esta acción constitucional, retardando aún más un largo proceso de varias décadas de investigación.

Sostiene, además, que la acción de inaplicabilidad debe ser desestimada de plano, por implicar un abuso en el ejercicio de un derecho, desnaturalizando la finalidad para la cual ha sido



prevista en nuestra Carta Fundamental, lo que en la especie se funda en existir una discordancia entre los hechos reseñados y la lectura del recurso impetrado. Destaca que el requerimiento adolece de falta de argumentación atinente, precisa y consistente, que a ratos pareciera ser una suerte de formulario en que se llenaron los espacios en blanco con los datos específicos de esta causa, consignándose argumentos generales y funcionales a cualquier pretensión de inconstitucionalidad, sin mayor precisión sobre cómo los hechos y circunstancias de contexto justifican que esta Magistratura declare inaplicable para el caso concreto una ley de la República, no haciéndose cargo de la extensa e histórica validación jurisprudencial de normas que llevan varias décadas siendo aplicadas por nuestros tribunales de justicia y que sólo hoy son cuestionadas de inconstitucionalidad.



En cuanto a la inaplicabilidad esgrimida, luego de transcribir partes del requerimiento sostiene, en primer término, que la alegación de inaplicabilidad que se intenta supone una declaración y un debate sobre esa declaración, petición que es ajena a la competencia de este Tribunal. Funda su afirmación en que el actor impone la tarea de declarar- como una etapa previa y necesaria en el análisis de inaplicabilidad- que la sentencia efectivamente discurre en el modo en que lo señala el requirente, esto es, que el tipo penal de la asociación ilícita ha sido aplicado en relación con la expresión "*orden social*" y, por lo tanto, no en relación a los demás supuestos contenidos en la norma impugnada, lo cual indica, no es efectivo.

Agrega que sólo en la medida que sea así declarado cabría el análisis que propone sobre la inaplicabilidad de las normas, sin embargo, expone, del razonamiento transcrito de la sentencia de primera instancia no se sigue lo que el actor esgrime, sino que



se trata de una interpretación sesgada de ella en virtud de la cual se asume o presume que ésta quiso decir algo que finalmente no dice. Manifiesta que no sólo la sentencia, sino que incluso el voto disidente de la sentencia de segunda instancia, que estuvo por no condenar por el delito de asociación ilícita (por otros fundamentos vinculados a la prueba vertida en el proceso) desvirtúa lo sostenido por el actor en orden a que la hipótesis concreta del tipo penal sería el "orden social", al señalar, en lo pertinente que *"...tendrá carácter de ilícita, en los términos del artículo 292, toda asociación cuyos miembros tengan, entre las finalidades que los motiva a reunirse, la voluntad de realizar conductas que se encuentren penalmente tipificadas..."*.



En segundo lugar, arguye que el requerimiento se funda más bien en un supuesto error de subsunción de los hechos en el tipo penal, es decir, en la calificación jurídica de los hechos, pero no en estricto rigor en un defecto de inconstitucionalidad, lo que fue impugnado a través del recurso de casación, que aún se encuentra pendiente. En consecuencia, sostiene que lo que el requirente pretende es reconducir el eventual error subsuntivo y de calificación legal a una hipótesis de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, para lo cual necesita que se establezca de manera inequívoca lo que afirma como hecho cierto y que consiste en que la sentencia hace aplicación del artículo 292 del Código Penal en la parte pertinente al orden social; y como ello no resulta de la sentencia, propone una interpretación que entiende inequívoca, solicitando solapadamente al Tribunal que interprete una sentencia emanada de un tribunal ordinario de la República, como condición de procedencia de la inaplicabilidad planteada, lo que es ajeno a la competencia de esta Magistratura.



Transcribe la parte pertinente del requerimiento, señalando que las expresiones "por descarte" o "como se deduce" que utiliza el requirente para arribar a la conclusión que sirve de sustento al requerimiento son ajenas a la técnica y rigor interpretativo legal, resultando evidente que no existe claridad sobre la conclusión que asevera el requerimiento y lo que sí consta en los antecedentes del proceso y en los considerandos de la sentencia condenatoria es la perpetración de una serie de delitos por parte de la asociación, los que poco o nada tienen que ver con un concepto ambiguo o genérico del orden social. Al efecto señala que Berríos Sagredo fue engañado para posibilitar su secuestro; su documentación identificatoria fue falsificada y presentada ante las autoridades migratorias de Chile, Argentina y Uruguay; el erario fiscal fue desafectado y destinado por la asociación ilícita para la mantención y financiamiento de los miembros de la organización que tenían como tarea el secuestro del referido Berríos Sagredo en Montevideo; y finalmente éste apareció muerto con impactos de bala en la localidad de El Pinar, Uruguay.



Indica, además, que de los antecedentes que obran en el proceso es posible sostener que la asociación siempre se representó la muerte de Berríos Sagredo como la alternativa que justificaba la asociación, agregando que se debe considerar que al tiempo en que éste es secuestrado estaba siendo requerido por el Ministro Bañados, quien instruía el proceso por la muerte de Orlando Letelier del Solar, de manera que lo que la asociación ilícita intentó fue la impunidad de los responsables, habida cuenta del carácter de Berríos Sagredo y de la posibilidad cierta de que éste delatase toda la estructura y organización que se había montado no sólo para la muerte del ex embajador chileno, sino en relación a una serie de otros delitos.



En suma, sostiene que de los antecedentes del proceso que fundan la sentencia no resulta posible aseverar que la asociación ilícita se formó con el objeto de atentar contra el orden social excluyendo figuras delictivas precisas, no existiendo referencia alguna ni en la sentencia ni en los antecedentes del proceso al orden social que se haya considerado como un mérito al condenar.

En lo tocante a la infracción al mandato de taxatividad como elemento del principio de legalidad, sostiene que el artículo 292 del Código Penal no es una norma penal en blanco.

Cita doctrina y transcribe los considerandos séptimo y octavo de la sentencia recaída en el Rol N° 1441/09, de las cuales indica, es posible colegir:

1.- Que el artículo 292 del Código Penal debe ser complementado por el 293, y ambas deben ser entendidas como una tipificación de una conducta organizativa para la perpetración de delitos.

2.- Por lo mismo no cabe la interpretación descontextualizada que argumenta el requirente en el sentido de entender que por la expresión "orden social" se abriría el tipo a conductas que el sujeto no podría representar *ex ante*. Por el contrario, indica, su tipificación eventual estriba precisamente en que la asociación ilícita se erige para la verificación de conductas típicas, objetivo que de suyo es atentatorio al "orden social" y representable por cualquier individuo.

Transcribe el considerando 12° de la sentencia de primera instancia, que da por establecidos los hechos en relación con los delitos de secuestro con homicidio y de secuestro, para terminar señalando que es la propia sentencia la que se hace cargo de la aplicación





conexa de los artículos 292 y 293 del Código Penal, dando por establecidos los delitos para los que se organizó la asociación ilícita, excluyéndose cualquier consideración como las esgrimidas por el requirente.

Observaciones del Consejo de Defensa del Estado.

Mediante presentación de fecha 27 de junio de 2014, agregada a fojas 377 y siguientes, doña Irma Soto Rodríguez, Abogado Procurador Fiscal del Consejo de Defensa del Estado, formuló observaciones, solicitando el rechazo de las alegaciones del requirente, fundado en que las normas impugnadas contienen los elementos de certeza y descripción suficientes que la Constitución exige y no constituyen, por tanto, una ley penal abierta.



Para sostener lo anterior expone la evolución histórica del numeral tercero, inciso final del artículo 19 de la Constitución Política y la interpretación que sobre el alcance de la norma han tenido tanto la doctrina, como la jurisprudencia de este Tribunal, transcribiendo al efecto partes de las sentencias Roles N°s 24 y 549. Señala que se admite matices a la prescripción absoluta, no estando proscritas en términos absolutos las leyes penales en blanco, sino que se ha delimitado el ámbito de lo tolerable a su respecto, sin que se infrinja el mandato constitucional de determinación penal. Es así como indica, este Tribunal en la sentencia Rol N° 1011, del año 2007, ha señalado que serán contrarias al precepto constitucional las denominadas leyes penales en blanco propias y las leyes penales en blanco abiertas, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez.



En razón de lo anterior, estima que lo que corresponde analizar es si las alegaciones de la requirente pueden subsumirse o no dentro de lo que queda excluido de lo tolerado en materia de descripción típica, o dicho en otras palabras, determinar si las normas impugnadas no contienen siquiera el núcleo central de la conducta punible, para lo cual es indispensable analizar el tipo penal en cuestión.

Al respecto señala que el injusto de la asociación ilícita no se presenta en modo alguno como un injusto dependiente de algún determinado hecho delictivo futuro a ser ejecutado por sus miembros, sino que lo que le confiere carácter delictivo a la organización consiste en una agenda delictiva, en el sentido que el objeto mismo de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características. Agrega que el contenido específico de esta denominada agenda delictiva está perfectamente descrita por el legislador al momento de fijar la penalidad del delito, al determinar como criterio de selección lo dispuesto en el artículo 293 del Código Penal: *"si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes (...) cuando la asociación ha tenido por objeto la perpetración de simples delitos..."*



Manifiesta que la expresión "orden social", contenida en el cuestionado artículo 292 del Código Penal, hace referencia expresa a la vulneración del bien jurídico, la que se materializa a través de la agenda criminal de la asociación, que debe ser la comisión de conductas indubitadamente descritas y penadas por la ley como crímenes y simples delitos, conforme lo dispone el artículo 293 del mismo Código Penal, de manera que el verbo rector y la conducta a que da lugar, elementos esenciales del tipo, tienen un significado unívoco, consistente en las conductas precisas de asociarse para cometer -planificar-



ilícitos expresamente descritos. Así, por lo demás, sostiene, lo ha señalado esta Magistratura en la sentencia recaída en el Rol N° 739 del año 2007, que estableció que el tipo se define en los artículos 292 y 293 y la pena se fija en este último precepto, por lo que resulta imprescindible para la comprensión de su tipicidad conjugar ambas normas, no existiendo, por consiguiente, la indeterminación que acusa el requirente.

Respecto del concepto de orden social, cita doctrina nacional y fallo de la Corte Suprema recaído en el caso Prats, que invocando diversa doctrina ha señalado que una parte de ella entiende que el bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y otra parte de la doctrina identifica el orden jurídico con el conglomerado social en su conjunto.



Indica que *orden social* no es un elemento descriptivo del tipo, sino que normativo del mismo, en los términos que lo ha precisado esta Magistratura en la sentencia Rol N° 1441, citando a Roxin, al señalar que los elementos normativos son aquellos que requieren una comprensión espiritual, su ocurrencia presupone una valoración jurídica o cultural, que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma.

Agrega, finalmente, que tan evidente resulta concluir que los preceptos impugnados no son inconstitucionales, que el fundamento de su punibilidad emana y guarda directa armonía con el mandato constitucional contenido en el inciso cuarto del numeral 15°, del artículo 19 de la Carta Fundamental, que prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.



Decreto de autos en relación, vista de la causa y adopción de acuerdo.

Con fecha 30 de junio del año en curso, se dictó el decreto de autos en relación y se ordenó su agregación al Rol de Asuntos en Estado de Tabla, verificándose su vista con fecha 10 de julio siguiente, oportunidad en la que alegaron, luego de escuchar la relación, los abogados Claudio Feller Schleyer, por el requirente; Maximiliano Murath Mansilla, por Raúl Lillo Gutiérrez (quien adhirió al requerimiento a fojas 65); Luppy Aguirre Bravo, por el Consejo de Defensa del Estado, y Rodrigo Cortés Muñoz, por el Programa Continuación Ley 19.123, del Ministerio del Interior, quedando la causa en estudio, adoptándose el acuerdo con fecha 24 de julio siguiente.



CONSIDERANDO:

- I. **El conflicto de constitucionalidad sometido a la decisión de esta Magistratura.**

PRIMERO: Que el N° 6° del artículo 93 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";

SEGUNDO: Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que en este caso "la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto" y añade 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”;

TERCERO: Que se ha solicitado a esta Magistratura un pronunciamiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 292 y 293 del Código, cuyo texto dispone:

“Artículo 292.- Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

Artículo 293.- Si la asociación ha tenido por objeto la perpetración de crímenes, los jefes, los que hubieren ejercido mando en ella y los provocadores, sufrirán la pena de presidio menor 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”;

CUARTO: Que, de conformidad a lo consignado en la parte expositiva de esta sentencia, la gestión





pendiente en la que tendrá efecto el presente pronunciamiento de inaplicabilidad consiste en el proceso criminal caratulado "*Es parte el Fisco-Ministerio del Interior Qte. Gonzalo Berrios Sagredo y otros c/Silva Valdés Arturo- Torres Gacitúa Jaime y otros*", ingreso N° 8278-2013, sustanciado ante la Excma. Corte Suprema de Justicia;

QUINTO: Que la parte requirente cuestiona la constitucionalidad de dichas disposiciones pues vulnerarían el principio de legalidad y el mandato de determinación de la ley penal, infringiendo entonces el inciso octavo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política;

II. Sobre la aplicación de los artículos cuestionados en su constitucionalidad en la gestión pendiente.



SEXTO: Que la Constitución dispone como requisito de procedencia de la inaplicabilidad "(...) que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto (...)" (artículo 93, inciso undécimo). Por su parte, el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional en su N° 5 dispone que procederá declarar la inadmisibilidad del requerimiento "cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueva la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto";

SÉPTIMO: Que esta Magistratura ha sostenido que basta la mera posibilidad de que el precepto impugnado resulte aplicable para que el Tribunal Constitucional sea competente (SSTC 505/06, c. 11°; 634/06, c. 8°;



790/07, c. 7°; 808/07, c. 7°; 943/07, c. 9°; 1006/07, c. 4°; 1046/08, c. 8°; 1215/08, c. 11°; 1253/08, c. 8°; 1279/08, c. 9°; 1741/10, c. 7°; 2237/12, c. 14°; y 2246/12, c. 9°) y que en el caso de autos dicha posibilidad existe;

OCTAVO: Que la aplicación de los preceptos impugnados supone su interpretación conforme a Derecho dentro del proceso, pues de ahí puede nacer el efecto contrario a la Constitución prohibido por su artículo 93 N° 6. Dicha interpretación compete al juez de fondo y, por lo mismo, sólo corresponde a esta Magistratura examinar la normativa cuestionada a la luz de sus posibles interpretaciones correctas. En este tópico, el Tribunal Constitucional en su sentencia rol STC 479/06 ha sostenido que debe practicar un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y *correctamente interpretado*, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución (c. 3°, cursivas agregadas; en el mismo sentido, SSTC 552/06, c. 7°; 1288/08, c. 42°; 1951/11, c. 29°; 2323/12, c. 15°; 2354/12, cc. 10° y 15°);



NOVENO: Que sin perjuicio de la base de análisis que supone la interpretación correcta de los preceptos cuestionados, éstos ya han tenido aplicación dentro del proceso pendiente, tanto en primera como en segunda instancia. En ambos niveles jurisdiccionales las disposiciones que configuran el delito de asociación ilícita objeto de esta acción de inaplicabilidad han sido aplicadas por los jueces competentes completando



el artículo 293 con delitos que permiten fijar la pena aplicable.

Así, la jurisdicción ordinaria ha entendido, en la gestión pendiente, que la asociación ilícita ha tenido lugar para cometer el delito de secuestro previsto en el artículo 141 del Código Penal y, en su caso, para perpetrar el delito de obstrucción a la justicia, de los artículos 274 y 275 del Código de Procedimiento Penal (disposición que, como se indicó en la parte expositiva, ha sido modificada). Dichos delitos se integran al tipo penal por aplicación del artículo 293 y determinan la pena aplicable al delito de asociación ilícita;



DÉCIMO: Que el hecho que en algunas piezas del proceso que constituye la gestión pendiente no se relacione el delito de asociación ilícita con un crimen o simple delito en particular no significa que dicho vínculo no exista. Dicha relación, al margen de lo planteado por la parte requirente, sí parece existir en la fundamentación de las principales decisiones del proceso. No obstante lo anterior, si no existiese dicha relación entre la asociación ilícita y un conjunto de crímenes o simples delitos, la competencia para resolver dicho vicio pertenecería, sin duda alguna, al juez de fondo que conoce del asunto;

UNDÉCIMO: Que como la interpretación de los artículos 292 y 293 del Código Penal expuesta por la requirente en su acción carece de aplicación en las instancias que componen la gestión pendiente, el



cuestionamiento de constitucionalidad tiene que sustentarse en la interpretación que realiza el propio accionante. A este respecto conviene hacer notar que este Tribunal ha señalado que no cabe declarar inaplicable un precepto en virtud de un efecto contrario a la Carta Fundamental que éste puede producir teóricamente o en una causa futura e incierta, sino sólo por aquel que tiene la posibilidad de verificarse en la gestión pendiente (STC 1212/08, cc. 39° y 40°).

Que la interpretación del artículo 292 del Código Penal alegada por la parte requirente supone la persecución del delito de asociación ilícita por el sólo hecho que la organización criminal atente contra el orden social. Tal persecución es deducida desde el descarte de la existencia de otros delitos en el plan criminal de la organización. Esta técnica de interpretación no es admisible y colisiona, como se ha dicho, con la realidad del proceso. Esta interpretación, entonces, no puede aceptarse como correcta y menos como base que cimienta la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto;



III. Sobre el cumplimiento del mandato constitucional del inciso final del N° 3 del artículo 19 por los artículos 292 y 293 del Código Penal.

DUODECIMO: Que el inciso final del N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política prescribe que *"[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en*



ella" y que dicho mandato prohíbe, como regla general, las denominadas leyes penales en blanco;

DECIMOTERCERO: Que la jurisprudencia de esta Magistratura ha sostenido que el mandato de la Constitución es compatible con la existencia de una ley penal en blanco impropia, que es aquella cuyo complemento se encuentra en una disposición normativa de igual jerarquía. En la ley penal en blanco impropia la norma legal contiene el núcleo de la descripción típica y es complementada por otra norma legal, que determina de manera rigurosa el hecho penalmente castigado (SSTC 1351/08, cc. 28° y 32°; y 1352/09, cc. 28° y 32°).



En el caso de autos, el tipo se describe en los artículos 292 y 293 y la pena se fija en este último (STC 739/07, c. 12°). El artículo 292 del Código Penal contiene el núcleo de la conducta punible, que no es otro que asociarse u organizarse para perpetrar delitos, disposición que es complementada por el artículo 293 del mismo Código, que fija la pena aplicable de acuerdo con el tipo de delito propósito de la organización: si se trata de perpetrar crímenes, los jefes de la misma, los que ejercen mando y provocadores reciben la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados; si se trata de perpetrar simples delitos, la pena para estos mismos individuos será de presidio menor en cualquiera de sus grados.

La suma de las dos disposiciones permite comprender el sentido y alcance del deber de conducta que se impone. En este aspecto, es menester notar que



el carácter expreso (claro, patente, especificado) que de acuerdo a la Constitución debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que esta asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de los elementos esenciales de la conducta punible (STC 549/06, c. 4°);

DECIMOCUARTO: Que atendido lo expuesto, el delito de asociación ilícita presupone siempre la figura de un crimen o simple delito tipificado por una norma de rango legal que constituye el propósito u objeto de la organización. Si este crimen o simple delito no existiese como base de la persecución criminal del delito de asociación ilícita, no sería posible para el juez establecer las penas que corresponden a sus jefes, a quienes han ejercido mando en ella o a provocadores de la misma.



Cabe observar que si en un proceso se intentase perseguir a quienes han incurrido en asociación ilícita sin identificar los crímenes o simples delitos que son objeto de la organización, sería competencia del juez de fondo resolver sobre la procedencia de la calificación penal;

IV. Sobre el sentido de la expresión "con el objeto de atentar contra el orden social" del artículo 292 del Código Penal.

DECIMOQUINTO: Que tanto la jurisprudencia como la doctrina han identificado distintos elementos del delito de asociación ilícita, entre los que se cuentan



la multiplicidad de individuos, la existencia de algún grado de organización jerarquizada, la existencia de un fin común y una cierta permanencia en el tiempo. No existe consenso jurisprudencial ni doctrinal sobre la posición que ocupa dentro de estos elementos el atentado al orden social previsto por el artículo 292 del Código Penal. Algunos jurisprudencia ordinaria lo incluye como uno de los posibles objetivos o propósitos del delito de asociación ilícita, por lo que tendría una función delimitativa de los crímenes y simples delitos que pueden ser objeto de la organización delictual. Otros, en cambio, entienden que el orden social forma parte del bien jurídico protegido por esta figura penal, sumándose a otros bienes o fines como el adelantamiento de la punibilidad (lo que se protege son los mismos bienes jurídicos que cautelan los delitos que forman parte del plan criminal de la organización), la seguridad de la población, el poder del Estado, el derecho de asociación (Gajardo Orellana, Tania. "Análisis jurisprudencial del delito de asociación ilícita en los doce primeros años de reforma procesal penal" en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 58. Santiago, marzo de 2014, p. 275);



DECIMOSEXTO: Que la norma objeto de cuestionamiento de constitucionalidad puede ser criticada en tanto el concepto de "orden social", como componente de un tipo penal, es abierto y vago. En esta línea, Alfredo Etcheberry señala que "la expresión 'orden social' no es muy precisa, y parece referida al 'orden público' en su sentido más amplio, no en el



restringido de 'tranquilidad'" (Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial, t. IV. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 317).

En este mismo sentido, puede constatarse que la dificultad de fijar los límites o extensión del término es tal que no puede desecharse la afirmación que todo delito es, en su medida, un atentado contra el orden social.

Sin perjuicio de lo dicho, es claro que el Código Penal utiliza este tipo de conceptos, los que pueden generar información y elementos descriptivos y valorativos útiles para el intérprete cuya labor es separar la conducta punible de aquella que no lo es;



DECIMOSÉPTIMO: Que el Poder Ejecutivo ha presentado al Congreso Nacional un proyecto de Código Penal el día 10 de marzo de 2014, que reforma el delito de asociación ilícita que parece responder a las dudas expuestas. La nueva figura de asociación delictiva se encuentra en el inciso segundo del artículo 582 y dispone: "*Es asociación delictiva toda organización jerarquizada compuesta por tres o más personas que tiene por fin o actividad permanente la comisión de delitos*". Como puede leerse, no hay en el tipo penal propuesto referencia alguna al atentado al orden social como elemento de una figura delictiva equivalente a la examinada en estos autos;

DECIMOCTAVO: Que la acción de inaplicabilidad interpuesta cuestiona la expresión "*contra el orden social*", en el entendido que dicha figura por sí sola



admitiría punir a los jefes de la asociación, a los que han ejercido mando en ella y los provocadores, por el simple hecho de estimarse por el juez de fondo que la organización tiene por objeto atentar contra dicho orden. Según este argumento, el crimen o simple delito objeto de la asociación destinada a perpetrarlo sería "atentar contra el orden social" sin referencia a otro delito.

Dicha interpretación, desechada arriba, genera dos problemas adicionales a los ya explicados. El primero, observado por el requirente, es la indeterminación de la conducta objeto de punición penal. El segundo es que, para determinar la pena correspondiente, el juez debiese aplicar el artículo 293 del Código Penal, lo que obligaría a identificar si el delito objeto de la asociación es un crimen o simple delito. Esta labor no es posible pues la distinción entre crimen y simple delito, conforme con el artículo 3° del mismo Código, se fundamenta, precisamente, en la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21. Luego, al problema de la indeterminación que adolece la supuesta figura delictual "atentar contra el orden social", se suma el de esclarecer su naturaleza como crimen o simple delito, lo que no resulta posible atendido lo expuesto. La interpretación sostenida por la parte requirente conduce, entonces, a la imposibilidad de determinar el castigo penal que corresponde a la asociación ilícita;



DECIMONOVENO: Que en la gestión pendiente la figura del "atentado contra el orden social" no ha



tenido cabida como sustrato de aplicación del delito de asociación ilícita en la gestión pendiente. 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;

VIGÉSIMO: Que también parece claro que el atentado contra el orden social no expande el núcleo esencial de la conducta punible hacia un ámbito no cubierto por los crímenes o simples delitos requeridos por el artículo 293 del Código Penal como objeto de la organización criminal;



VIGESIMOPRIMERO: Que la suma de los problemas derivados de la interpretación que funda el requerimiento de autos y la interpretación sistemática del artículo 292, junto con el artículo 293 del Código Penal, obligan a desechar dicha forma de entender la expresión "atentado contra el orden social";

VIGESIMOSEGUNDO: Que, al contrario de lo sostenido por la parte requirente, la expresión impugnada puede tener un efecto restrictivo en la interpretación del delito de asociación ilícita, toda vez que puede ser aplicada para disminuir el listado de crímenes y simples delitos que pueden ser perpetrados por una organización colectiva y estable de aquellas castigadas por el Derecho penal. Esto es, si se intentase perseguir una asociación organizada para perpetrar crímenes o simples delitos y éstos últimos no tuviesen por objeto atentar contra el orden social (o



las buenas costumbres, o contra las personas o propiedades), parece perfectamente posible alegar que no se materializan las conductas objeto de sanción penal descritas en los artículos 292 y 293 del Código Penal;

VIGESIMOTERCERO: Que la jurisdicción ordinaria ha reconocido la interpretación anterior. Así, el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, en fallo de 21 de enero de 2004, ha sostenido la inexistencia del delito de asociación ilícita en aquellos casos en que el objetivo de la asociación no es atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o propiedades: “[e]s decir, requiere que su finalidad sea la vulneración de determinados bienes jurídicos y no otros, y en este sentido, cada una de las actividades ilícitas desplegadas por las acusadas dicen relación con la vulneración de bienes jurídicos distintos a los expuestos. Así, el delito de contrabando protege el ejercicio de la potestad aduanera en la percepción de derechos o aranceles; el delito tributario, el orden público económico; el delito pesquero, la vulnerabilidad de un recurso hidrobiológico protegido, y ninguno de ellos tiene relación con el orden social, las buenas costumbres, las personas o la propiedad, como lo exige la precitada norma [el artículo 292 del Código Penal]” (citado por Gajardo Orellana, Tania. “Análisis jurisprudencial del delito de asociación ilícita en los doce primeros años de reforma procesal penal” en *Revista Jurídica del Ministerio Público* 58. Santiago, marzo de 2014, p. 265).





En los términos planteados en el caso de autos, la expresión cuestionada, junto con los restantes contenidos del artículo 292, debe ser referida al delito de secuestro para efectos de determinar la existencia o inexistencia de un delito de asociación ilícita. Esta tarea de interpretación y aplicación corresponde al juez de fondo;

VIGÉSIMOCUARTO: Que, pese a la divergencia en la interpretación del contenido del artículo 292 del Código Penal que es objeto de reproche de constitucionalidad, es claro que se trata de una expresión cuya interpretación y aplicación no ha generado, en ningún caso, un efecto contrario a la Carta Fundamental. Por el contrario, dicha norma, adecuadamente interpretada, podría perfeccionar la delimitación del objeto de la potestad punitiva del Estado, excluyendo del delito de asociación ilícita la organización para cometer ilícitos que no atentan contra los bienes jurídicos reconocidos por el artículo 292 del Código Penal;



V. La exigencia de determinación y los elementos descriptivos y normativos o valorativos en el delito de asociación ilícita.

VIGESIMOQUINTO: Que la doctrina penal distingue entre elementos descriptivos del tipo penal y elementos normativos o valorativos. Los primeros son *"aquellos términos que extraen su significado directamente de la realidad de la experiencia sensible, es decir, que reproducen determinados datos o procesos corporales o*



ánimicos y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez" (Ossandón Widow, María Magdalena. "Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza" en *Revista de Derecho* 1, v. 22. Valdivia, julio de 2009, p. 163). Los segundos son "aquellas partes integrantes del tipo legal que no hacen referencia simplemente a un supuesto de hecho dado, sino que exigen del juez un juicio complementador valorativo, es decir, que dan una valoración en blanco" (Mezger cit. por Ossandón Widow, María Magdalena. *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 99). Dicho de otro modo, los elementos normativos o valorativos son componentes del injusto típico que sólo pueden ser reconocidos mediante una especial valoración de la situación del hecho. Predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual (SSTC 1441/08, c. 8° prevención concurrente; 1281/08, c. 21°; 1352/09, c. 36°; 1351/09, c. 36°);



VIGESIMOSEXTO: Que podría sostenerse que los elementos normativos o valorativos de un tipo penal atentan contra la exigencia de determinación de la conducta punible ordenada por la Constitución, toda vez que estos elementos permitirían al juez ensanchar la conducta objeto de reproche penal con menoscabo grave de la seguridad jurídica. Al respecto debemos señalar que esta Magistratura ha sostenido que el hecho que un tipo penal dé lugar a interpretaciones, en especial



cuando contiene elementos valorativos, no lo transforma en defectuoso desde el punto de vista del principio de tipicidad (STC 2530/13, c. 6°). Lo importante, desde el punto de vista del mandato de determinación, no es si el juez se encuentra o no ante elementos de índole valorativa, sino en qué medida la valoración subyacente viene realizada o preformada por el legislador o, por el contrario, queda entregada por completo a la apreciación subjetiva del tribunal;

VIGESIMOSEPTIMO: Que el propósito de la exigencia de determinación es transmitir, mediante el tipo penal, un mensaje claro, directo y concreto sobre la conducta que se prohíbe. Esta exigencia no sólo se cumple mediante el uso de elementos descriptivos en el tipo, ya que la norma penal -por su propia naturaleza- contiene un uso prescriptivo del lenguaje que persigue dirigir y, en su caso, desincentivar la realización de determinadas conductas. En la concreción de este propósito, las palabras de la ley penal pueden contener una orientación teleológica para satisfacer de manera adecuada el fin que la norma persigue. Este uso del lenguaje, se ha dicho, es acorde con las normas constitucionales. Como ha destacado la doctrina "el uso prescriptivo del lenguaje implica una restricción de las posibilidades de interpretación, porque mientras en el ámbito del lenguaje ordinario el sentido adscriptivo es sólo uno de los que admite la expresión, dentro del lenguaje legislativo penal, y mientras el término sea usado en la descripción de una conducta típica, ésta es la única posibilidad de interpretación" (Ossandón





Widow, María Magdalena. "Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza" en *Revista de Derecho* 1, v. 22. Valdivia, julio de 2009, p. 167). En el caso de autos, como se ha explicado antes, el uso prescriptivo de la expresión "atentar contra el orden social" parece tener un efecto restrictivo sobre la interpretación de la norma y no un efecto expansivo sobre la conducta que puede considerarse punible;

VIGESIMOCTAVO: Que, por otro lado, es menester notar que los elementos descriptivos exhiben limitaciones como herramienta exclusiva para la configuración de los tipos penales. Así, la eliminación de todo criterio valorativo en la norma conlleva asumir el riesgo de la insuficiencia del lenguaje descriptivo para prohibir las conductas lesivas que atentan contra el bien jurídico protegido por el Derecho penal. La técnica legislativa que permite compensar esta ausencia de criterio valorativo es multiplicar los tipos sólo descriptivos hasta lograr cubrir todas las hipótesis que, en un momento dado, se estima pueden dañar el bien jurídico que se pretende proteger. Dicha técnica afecta el principio de economía legislativa e incrementa el peligro de dañar la seguridad jurídica como consecuencia de la farragosidad del texto, la eventual falta de armonía entre los distintos tipos y los límites que impone esta técnica a la adaptabilidad de las normas a los cambios sociales;





VIGESIMONOVENO: Que de lo expuesto puede colegirse 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;

TRIGÉSIMO: Que de lo expuesto puede afirmarse que la expresión "atentar contra el orden social" no afecta el principio de determinación en el caso de autos;



Y VISTO lo prescrito en los artículos 1°, 7°, 8°, 19 números 2° y 3°, 76, 83 y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, 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:

- 1) **QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS UNO.**
- 2) **DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN ESTOS AUTOS, OFÍCIESE AL EFECTO A LA EXCMA. CORTE SUPREMA.**
- 3) **QUE NO SE CONDENA EN CONSTAS A LA PARTE REQUERENTE, POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**



Acordada, con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres, en lo que respecta a la decisión de rechazar el requerimiento respecto del artículo 292 del Código Penal, quien estuvo por acogerlo respecto de esa norma, fundada en las siguientes consideraciones:

I. Alcances del voto disidente.

1°. Que el requirente argumenta en su libelo que "las disposiciones contenida de (sic) los artículos 292 [y 293] del Código Penal, en la parte que tipifican como delito de asociación ilícita la organización criminal para ejecutar delitos que atenten en contra del orden social, constituyen una ley penal en blanco de aquellas que expresamente prohíbe nuestro sistema jurídico". Agrega que "esas normas no se remiten de manera concreta a ninguna disposición legal o reglamentaria que establezca cuáles son los delitos contra el orden social a los que se refiere" para finalizar indicando que "la integración de ese concepto indeterminado tampoco parece posible acudiendo a las reglas generales, en la medida en que no existe en el Código Penal un epígrafe referido a los delitos contra el orden social, ni otras normas vigentes que tipifiquen delitos bajo esa determinación. De este modo, debe entenderse que la remisión que efectúa el legislador es abierta, y que deja al tribunal de la causa la determinación de a qué delitos concretos podría referirse." (Fojas 5 vta.)

Por otra parte, el requirente ha afirmado que: "La aplicación de los preceptos legales impugnados a la





gestión pendiente infringe de manera flagrante el principio de legalidad en lo que dice relación con el mandato de determinación y la prohibición de leyes penales en blanco que contengan remisiones abiertas." (Fojas 3 vta.).

En consecuencia, entiende infringido el derecho consagrado en el artículo 19, N° 3°, inciso octavo (léase noveno), de la Carta Fundamental, que precisa: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella." ;

2°. Que el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior evacuó el traslado de fondo del requerimiento a fojas 348, argumentando, en primer término, que existiría un ejercicio abusivo de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte del requirente. Fundamenta tal afirmación en el contexto del procedimiento criminal seguido en contra del señor Ramírez Rurange que, de conformidad con el derecho internacional, constituiría un crimen de lesa humanidad, sin perjuicio de que la acción se ha intentado al final del proceso criminal desperdiciando oportunidades precedentes. Asimismo, descalifica los argumentos desarrollados en el requerimiento por su falta de precisión.

En lo que se refiere al fondo del requerimiento, el mencionado Programa aduce que la forma en que se exponen las distintas etapas del proceso criminal seguido en contra del actor no se condice con la realidad, pues el tipo penal que se cuestiona no se habría aplicado respecto de la expresión "orden social"





sino que de "los demás supuestos contenidos en las disposiciones impugnadas" (fojas 351 vta.). Agrega que "consta de los antecedentes del proceso y en los considerandos de la sentencia condenatoria, la perpetración de una serie de delitos por parte de esta asociación, los cuales poco o nada tienen que ver con un concepto ambiguo o genérico de "orden social"". (Fojas 352 vta.).

Sostiene también que el requirente "funda la inaplicabilidad más bien en un supuesto error de subsunción de los hechos en el tipo penal, esto es, en la calificación jurídica de los hechos, pero no, en estricto rigor, en un defecto de inconstitucionalidad." (Fojas 352).



Invocando doctrina y jurisprudencia afirma que "el artículo 292 del Código Penal debe ser complementado por el artículo 293, y ambas deben ser entendidas (sic) como una tipificación de una conducta organizativa para la perpetración de delitos" (fojas 354). Añade que "su tipificación eventual estriba precisamente en que la asociación ilícita se erige para la verificación de conductas típicas, y ese objetivo es de suyo atentatorio al "orden social" y representable por cualquier individuo" (fojas 354 vta.);

3°. Que el Consejo de Defensa del Estado, por su parte, evacuó el traslado de fondo a fojas 377, preguntándose si los artículos 292 y 293 del Código Penal contenían una descripción del núcleo central de la conducta punible (fojas 386). En tal sentido, afirma que "el tipo penal de asociación ilícita no se



configura en el solo hecho de organizarse (...) lo que confiere carácter delictivo a la sola organización consiste en una agenda delictiva en el sentido que el objeto mismo (o "giro") de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características (...)." (Fojas 386).

Agrega que el contenido específico de esa agenda delictiva está perfectamente descrito por el legislador al fijar la penalidad del delito conforme al artículo 293 del Código Penal que permite diferenciar entre crímenes y simples delitos (fojas 387). Concluye que "sin perjuicio de la independencia del delito de asociación ilícita como tal, resulta imprescindible para la comprensión de su tipicidad conjugar ambas normas, pues no existe la indeterminación que acusa el requirente" (fojas 391). Indica asimismo que el fundamento de la punibilidad en el caso de los artículos 292 y 293 del Código Penal emana y guarda armonía con la prohibición de determinadas asociaciones contemplada en el inciso cuarto del artículo 19, N° 15°, de la Carta Fundamental (fojas 392).



Precisa, por último, que la noción de "orden social" utilizada en el artículo 292 del Código Penal no es un elemento descriptivo sino que normativo del tipo (fojas 393);

4°. Que este voto disidente se hará cargo, en primer término, de algunas cuestiones previas planteadas por las partes, que tienen incidencia en el juzgamiento de fondo. Enseguida, abordará la alegación tendiente a declarar que el artículo 292 del Código



Penal es inaplicable en los recursos de casación en la forma y en el fondo, de que conoce actualmente la Corte Suprema, caratulada "Es parte el Fisco-Ministerio del Interior Qte. Gonzalo Berríos Sagredo y otros con Silva Valdés Arturo-Torres Gacitúa Jaime y otros", bajo el Rol N° 8278-13. Ello, por estimarse que su aplicación en la aludida gestión pendiente vulneraría el principio contenido en el inciso final del artículo 19, N° 3°, de la Constitución Política;

II. Cuestiones previas.

5°. Que el Programa Continuación Ley N° 19.123, del Ministerio del Interior, ha argumentado en estos autos que el requirente, señor Ramírez Rurange, "ha sido condenado en primera y en segunda instancia por secuestro agravado y asociación ilícita, delitos que, de acuerdo al derecho internacional aplicable en la especie, constituyen a su vez un crimen de lesa humanidad". Agrega que "esa calificación es relevante y no puede ser obviada." (Fojas 348 vta.);

6°. Que la lectura de las diferentes piezas del proceso criminal no refleja que el requirente haya sido condenado por un "crimen de lesa humanidad", sin perjuicio de la alusión que se contiene en el considerando 25° de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago -a modo argumental- contra la cual se ha recurrido de casación en la forma y en el fondo. Así, si este Tribunal Constitucional considerara tipos penales ajenos al proceso que ha tenido a la vista estaría, en concepto de quien suscribe este voto, excediendo su competencia específica.





No está demás recordar, en este sentido, que con posterioridad a la ratificación por parte de Chile del Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional, la Ley N° 20.357, publicada en el Diario oficial de 18 de julio de 2009, procedió a tipificar los crímenes de lesa humanidad, indicándose, en su artículo 44, que "los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia."



En la especie, estamos frente a un proceso criminal iniciado por denuncia del Ministro del Interior, con fecha 15 de junio de 1993. Así, los hechos delictivos que dieron origen a tal proceso son anteriores a la fecha de vigencia de la Ley N° 20.357, por lo que, por aplicación de su artículo 44, no podrían ser regidos por sus disposiciones. Ésta constituye una razón adicional para que, en concepto de esta disidente, esta Magistratura no pueda hacerse cargo de la afirmación del Programa Continuación de la Ley N° 19.123, a la luz exclusivamente de consideraciones constitucionales como la que se desprende del artículo 19, N° 3°, inciso octavo, de la Ley Suprema, según la cual: "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." (Énfasis agregado);



7°. Que la sentencia de este Tribunal, de la cual se discrepa en este punto, afirma, en su considerando decimonoveno, que en la gestión pendiente la figura del "atentado contra el orden social" no ha tenido cabida como sustrato del delito de asociación ilícita. Sigue, en este aspecto, las argumentaciones vertidas por el Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior;

8°. Que una relación precisa de las diversas fases del proceso criminal permite constatar que:

a) Se sometió a proceso a Hernán Ramírez Rurange como autor del delito de obstrucción a la justicia (auto de procesamiento de 18 de octubre de 2002). Posteriormente fue absuelto de este delito por sentencia de primera instancia de 10 de septiembre de 2010 (letra A.- de la parte resolutive), confirmada, en este punto, por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de agosto de 2013;

b) Se acusó a Hernán Ramírez Rurange como autor de los delitos de secuestro y de asociación ilícita, este último previsto y sancionado en los artículos 292 y 293 del Código Penal (auto acusatorio de 26 de septiembre de 2008). Al fundamentar la acusación por el delito de asociación ilícita, el Ministro en Visita Extraordinaria, Alejandro Madrid Croharé, expone:

"Que las acciones antes señaladas fueron realizadas durante los años 1991 a 1993, esto es, durante un período de plena vigencia del orden constitucional, por personal militar en servicio activo de los Ejércitos de Chile y de





Uruguay, que apartándose de las funciones propias de sus cargos, formaron una organización paralela a la estructura regular de mando de la referida Institución, para lo cual se coordinaron con el entonces Director de Inteligencia del Ejército (...) y durante un período de plena vigencia del orden constitucional y legal, procedieron a participar en diversas acciones tendientes a sustraer de la acción de la justicia y proporcionar refugio en países vecinos a militares y civiles que se encontraban imputados de diversos crímenes y delitos cometidos durante el régimen militar, lo que implica la formación de una asociación ilícita con propósitos delictuales constituida al interior del Ejército de Chile (...) lo anterior, a pesar de que estos hechos son de tal gravedad que los partícipes en ellos con sus conductas han podido llegar a comprometer la seguridad interna del Ejército de Chile y el prestigio de la administración de justicia." (Énfasis agregado) (N° 2, letra r));



c) Las sentencias de primera y de segunda instancia condenaron al acusado por los referidos delitos, en ambos casos, en calidad de autor.

En forma similar al auto acusatorio, el Ministro en Visita Extraordinaria fundamenta la existencia del delito de asociación ilícita y la participación que en



él le habría cabido a Hernán Ramírez Rurange, de la siguiente forma:

"(...) para proceder a retener y sacar del país a Eugenio BERRIOS SAGREDO se implementó una operación especial de inteligencia, articulada por quien entonces se desempeñaba a cargo de esa Dirección del Ejército de Chile, quien manifiesta haber actuado en cumplimiento de una orden emanada del Comandante en Jefe del Ejército, General Sr. Augusto PINOCHET UGARTE y, en atención a ella se procedió a formar una asociación con propósitos delictuales que se constituye al interior de la referida institución y que utilizando los medios que ella proporciona a sus integrantes para la ejecución de sus tareas profesionales, estableció una línea de mando jerárquica paralela a la que detentaban dentro de la orgánica de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINE), contando el jefe superior de la Auditoría General del Ejército (AUGE) y del Batallón de Inteligencia del Ejército (BIE) quienes sumados a algunos de los integrantes de la denominada Unidad Especial, que dependía del jefe superior de la referida Dirección de Inteligencia, procuran recursos económicos a los miembros del grupo para la realización de las misiones ilícitas que le son encomendadas, establecen vínculos con militares extranjeros a los que invitan a participar en esta





organización delictual, quienes, en algunos casos actúan directamente, y, en otros colaboran en la perpetración de los delitos que se investigan en la presente causa, lo que ha significado que durante un extenso período de tiempo -1991 a 1993- han podido seguir operando al margen de la ley, sin que el mando superior de la institución de que formaban parte haya tomado alguna medida para lograr su desarticulación o para impedir la prosecución de sus actividades ilícitas, ni tampoco haya denunciado los diversos delitos e irregularidades administrativas a la justicia ordinaria o a la militar, o haya, iniciado una investigación interna, lo que ha significado que en la práctica les ha proporcionado una protección a los integrantes de esta asociación delictual a pesar de que estos hechos son de tal gravedad que los partícipes en ellos con sus conductas han podido llegar a comprometer la seguridad del Ejército de Chile, como asimismo, el normal desenvolvimiento de las relaciones internacionales con un país extranjero y el prestigio de la administración de justicia." (Considerando 15°);



d) La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de agosto de 2013, registra dos votos disidentes. El primero corresponde al Ministro Carlos Cerda, quien analiza la configuración del delito de asociación ilícita respecto de uno de los condenados



(Manuel Antonio Pérez Santillán). Luego de recordar los elementos esenciales de este delito, afirma que "hay en la resolución impugnada suficientes análisis de cara a la configuración de semejante ilícito, siendo de destacar el asentamiento del hecho de haberse creado un grupo precisamente destinado, por una parte, a privar al Estado de Chile del libre ejercicio de la superior potestad jurisdiccional y, por otra, sacrificar prerrogativas esenciales de personas determinadas con miras a la obtención del malévolo propósito. Eso es precisamente asociarse para atentar contra el orden social y contra personas." (Énfasis agregado). (Puntos 2) y 3) de la disidencia reiterados en el punto 7).



La Ministra Gloria Ana Chevesich descarta, por su parte, que se haya configurado el delito de asociación ilícita indicando que, en este aspecto, correspondía dictar una sentencia absolutoria condenando al requirente de autos sólo por el delito de secuestro;

9°. Que de los antecedentes reseñados en el considerando que precede puede afirmarse, al contrario de lo que sostiene la sentencia de autos, que, en el desarrollo del proceso criminal que hoy se encuentra en fase de casación en la forma y en el fondo, el atentado contra el "orden social" ha sido considerado como sustrato del delito de asociación ilícita por el cual se ha condenado al requirente. Específicamente, el juzgador de primera instancia ha determinado tal atentado por el hecho de que la asociación ilícita que describe ha afectado, en su concepto, la seguridad del Ejército de Chile, como asimismo el normal



desenvolvimiento de las relaciones internacionales con un país extranjero y el prestigio de la administración de justicia. Si bien el Ministro en Visita Extraordinario no considera expresamente la lesión al "orden social", sí lo hace el entendimiento del Ministro Carlos Cerda en la sentencia de segunda instancia, precisamente por el atentado que la asociación ilícita importaría para la potestad jurisdiccional del Estado y las prerrogativas de las personas;

10°. Que las precisiones anotadas resultan fundamentales para entrar a analizar si, efectivamente, la aplicación del artículo 292 del Código Penal, en la causa sub lite, produce un resultado inconstitucional a la luz de lo preceptuado en el artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Carta Fundamental.

Y es que, tal como ha afirmado el Supremo Tribunal Federal del Brasil, en sentencia de 3 de noviembre de 2009, "la tipicidad penal no puede ser percibida como el ejercicio trivial de la adecuación del hecho concreto a la norma abstracta. Para la configuración de la tipicidad es necesario un análisis materialmente valorativo de las circunstancias del caso concreto en el sentido de verificar la ocurrencia de alguna lesión grave, contundente y penalmente relevante al bien jurídico tutelado." (HC. 97.772) (Énfasis agregado);





III. Consideraciones constitucionales sobre el principio de tipicidad.

11°. Que, como se ha recordado, el requirente sostiene que la aplicación del artículo 292 del Código Penal, en la gestión que pende ante la Corte Suprema por sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, vulneraría el artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución Política, por constituir una ley penal en blanco que se aparta del mandato de determinación que consagra la aludida norma constitucional;



12°. Que, para efectos de adoptar una posición sobre la inaplicabilidad de la norma cuestionada, resulta necesario reproducir el contenido del artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Ley Suprema: "*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.*".

Esta Magistratura ha delimitado el significado de esta garantía sosteniendo, en primer término, que ella contiene ciertos límites al ejercicio de la acción punitiva estatal: un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe o sanciona (STC Rol N° 1443, c. 23°).

Asimismo, ha indicado que, en lo que atañe a esta garantía, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley. La



tipicidad requiere, por su parte, la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta. (STC Rol N° 480, c. 5°);

13°. Que, en lo que se refiere específicamente a la tipicidad, este Tribunal ha definido el tipo penal como "descripción abstracta de una conducta humana punible" (STC Rol N° 549, c. 4°).

Enseguida, no ha exigido que el tipo penal esté descrito en la ley de forma acabada: "Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno (al suprimir la expresión "completamente" en el artículo 19 N° 3°, inciso final, de la Constitución) 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." (STC Rol N° 468, c. 4°).

A mayor abundamiento, ha sentenciado que "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." (STC Rol N° 1443, c. 27°). Así, "la función de garantía ciudadana del principio de





tipicidad [consiste en] el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sanciona." (STC Rol N° 549, c. 12°).

Desde la doctrina, el profesor Enrique Cury explicaba el fundamento de la ley "cierta" (legis certae) sosteniendo que: "Al sujeto se le garantiza que únicamente se lo castigará si se comporta de una cierta forma (...) y para eso es necesario asegurarle que nada le ocurrirá si hace o deja de hacer algo parecido pero diferente de lo que la ley prohíbe o manda". (Citado por Van Weezel, Alex. La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 7);

14°. Que, así, para este Tribunal, las leyes penales en blanco no se encuentran prohibidas en todo evento. Sólo resultan contrarias a la Constitución las leyes penales en blanco propias, que son aquellas en que el complemento descriptor de la conducta se encuentra en una norma infralegal, reglamento o instrucción, y cuya descripción resulta genérica, imprecisa o parcial. Asimismo resultan inconstitucionales las leyes penales en blanco abiertas, donde la descripción de la conducta punible está entregada al juez. En cambio, las leyes penales en blanco impropias o de reenvío, que son las que entregan el complemento relativo a la descripción de la conducta punible a otra norma de rango legal o a una norma originada en la instancia legislativa, penal o no, se avienen con la Carta Fundamental. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra





establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las permitidas se ajusta a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad. (STC Rol N° 468, c. 2°, 3° y 6°);

15°. Que, con las aclaraciones que preceden, esta juez disidente estima que es posible entrar a examinar si el delito contenido en el artículo 292 del Código Penal satisface el estándar constitucional referido a la tipicidad de conformidad con el artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Carta Fundamental;



IV. El delito de asociación ilícita no satisface el estándar constitucional de la tipicidad en el caso concreto.

16°. Que, con tal propósito, conviene recordar que el artículo 292 del Código Penal señala: "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 por el solo hecho de organizarse."

Nuestro Código Penal siguió, en esta materia, a los artículos 322 a 326 del Código Penal belga de 1863, con raigambre en el Código francés de 1810, reformado en 1832 y 1834 ("Association des malfaiteurs"). Por su parte, la Comisión redactora, en sesión 157, de 18 de junio de 1873, puso en discusión el párrafo relativo a "Asociaciones Ilícitas", destacando la intervención del



señor Gandarillas quien afirmó que "la mente de este artículo es castigar los cuerpos formados para propender a un fin ilícito de un modo más o menos estable, a diferencia de las conspiraciones para cometer uno o más delitos determinados, que se castigan con las penas asignadas al delito en el grado que determinan las reglas del libro primero. No basta, por consiguiente, que se forme una partida de criminales para que tenga aplicación el artículo 395 (hoy 292), es necesario además que esa partida constituya un cuerpo organizado con sus jefes y reglas propias." (RUIZ ZURITA, Mario Patricio. El delito de asociación ilícita. Ediar Editores, Santiago, 2009, p. 18). Esta idea vertida en la Comisión Redactora es recalcada por el profesor Etcheberry, para quien "a veces es difícil distinguir lo que es una asociación ilícita de un simple concierto o conspiración para delinquir." (ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005, p. 317);



17°. Que, desde el punto de vista constitucional, debe tenerse presente que, tal como ha sostenido esta Magistratura, la sanción del delito de asociación ilícita protege bienes jurídicos de relevancia constitucional, lo que sirve de fundamento al castigo que tiene asociado y que se contempla en el artículo 293 del Código Penal. En efecto, "el artículo 19 N° 15 de la Constitución asegura el derecho de asociarse sin permiso previo y, en su inciso cuarto, prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado. Se trata de



un ilícito sancionado para resguardar el recto y adecuado ejercicio de un derecho esencial de las personas -como el de asociación-, protector de bienes jurídicos a los que el ordenamiento constitucional atribuye singular trascendencia. Coherente con esa valoración, la Carta Política, en el artículo 19 N° 7, letra g), exceptúa de la prohibición de imponer la pena de confiscación de bienes a las asociaciones ilícitas." (STC roles N°s 739, c. 5°, y 1443, c. 32°);

18°. Que, en lo que dice relación con las características del delito de asociación ilícita, se ha indicado que se trata de un delito de peligro abstracto, toda vez que "la ley anticipa la tutela jurídico penal a un punto de tensión dictado por la probabilidad del evento perjudicial, de lo que una lógica de contenidos deducirá que no se puede, so pena de reducir la probabilidad a una posibilidad, retroceder aún respecto de esa tensión." (GUZMÁN DALBORA, José Luis. Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, N° 2, 1998, UNED, p. 189).

Asimismo, el delito de asociación ilícita (o concierto para delinquir) ha sido calificado como un "delito impropio de estatus", porque en él "se pone el énfasis más en la asociación con un fin ilícito que en la mera pertenencia participativa (...)". (JAKOBS, Günther, y POLAINO-ORTS, Miguel. Delitos de organización: un desafío al Estado. Editorial Grijley, 2009, p. 79).





Los elementos requeridos para estar en presencia de una asociación ilícita son la existencia de una pluralidad de individuos, con una determinada forma de organización, la persecución de un fin común y dotada de una cierta perdurabilidad. (MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Código Penal sistematizado con jurisprudencia. Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 333-334).

El delito se consuma en el momento en que la asociación principia su existencia, o sea, cuando al conjugarse en plural su verbo rector, ésta queda constituida, sin perjuicio, además, de que éste es también el instante en que surge el peligro (abstracto) para el orden público. (GUZMÁN DÁLBORA, ob. cit., p. 179). En otras palabras, la asociación ilícita "constituye un delito por el solo hecho de organizarse." (ETCHEBERRY, ob. cit., p. 317). "La ilicitud de la entidad criminal es un delito autónomo, diverso de los injustos concretos que se cometen mediante la misma." (MATUS ACUÑA, ob. cit., p. 335). En consecuencia, para su consumación, resulta irrelevante la efectiva ejecución de los delitos programados (RUIZ ZURITA. ob. cit., p. 1178).



La propia Corte Suprema ha entendido que "la ilicitud de la entidad criminal es un delito autónomo, independiente de los injustos concretos que se pretenden ejecutar mediante ella, por lo que el comportamiento a sancionar del miembro activo del organismo debe apreciarse en su dimensión de conducta funcional al referido ilícito, es decir, partiendo de la organización criminal como sujeto-sistema que



lesiona objetos de protección del derecho penal (...)."
(Sentencia Sala Penal, de 8 de julio de 2010, Rol N°
2596, c. 7°);

19°. Que, por lo tanto y de la mano con lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, discrepamos de lo sostenido en el considerando 13° de la sentencia de autos, cuando se afirma que, en este caso, "el tipo se describe en los artículos 292 y 293 y la pena se fija en este último."



Ya se ha visto que el delito de asociación ilícita es autónomo de los injustos concretos que se cometan, lo que lleva a afirmar que el tipo "debiera" estar descrito en el propio artículo 292 del Código Penal, pues, de otra forma, no tendría sentido la frase incluida en él: "Importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse." Luego, en concepto de quien suscribe este voto, no debe confundirse el tipo penal de la asociación ilícita con las penas que le correspondan según el concurso que se produzca con los crímenes o delitos que en definitiva cometa la asociación.

La afirmación que precede resulta relevante, pues el fallo del que se discrepa afirma que "la jurisdicción ordinaria ha entendido, en la gestión pendiente, que la asociación ilícita ha tenido lugar para cometer el delito de secuestro previsto en el artículo 141 del Código Penal y, en su caso, el delito de obstrucción a la justicia, de los artículos 274 y



275 del Código de Procedimiento Penal." (Considerando 9°).

En rigor, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de agosto de 2013, de la cual se ha recurrido de casación en la forma y en el fondo, condena al requirente en estos autos como autor del delito de secuestro (punto resolutivo II, letra B, acápite b), y como autor del delito de asociación ilícita (punto resolutivo II, letra B, acápite c), asignándole, a cada delito, la pena de diez años y un día. Ello basta para demostrar que se trata de delitos diferentes que concurren, pero que no se integran para configurar un único tipo penal.



Lo anterior resulta lógico, pues, siguiendo a Guzmán Dálbora, "se ha radicado el fundamento del concurso de delitos en la circunstancia de que el tipo de injusto en la asociación criminal no requiere que sus miembros intervengan en la ejecución del programa delictuoso, por modo que la simple incorporación al consorcio realizaría el tipo, sin importar que el afiliado se abstenga de tomar parte en la materialización de los planes de aquél." (ob. cit., p. 203);

20°. Que, desde el punto de vista del bien jurídico protegido al tipificar el delito de asociación ilícita, se ha sostenido que al constituir la asociación ilícita un delito de peligro abstracto, "distinto de los concretos bienes jurídicos que se protegen en los delitos particulares que se cometan por los asociados (..) ese bien jurídico finca en el



ejercicio abusivo de la libertad de asociación que, de esta manera, no queda amparada por la garantía constitucional (...) no cabe duda que el delito de Asociación Ilícita es un delito pluriofensivo que afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación." (RUIZ ZURITA, ob. cit., p. 160).

Más específicamente, se ha vinculado el bien jurídico protegido al tipificar el delito de asociación ilícita, con la autotutela del poder del Estado. En palabras de García-Pablos, "el objeto de la tutela en estos delitos es el propio poder del Estado, su primacía en cuanto institución jurídica y política; comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución (la asociación criminal), con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político." En el mismo sentido se pronuncia Maurach al sostener que "sería un delito que se castiga por la abierta oposición y enemistad de estas organizaciones respecto de las normas del Derecho penal, con lo que acaban de ofender al propio Estado, en su imperio, y contrastan la potestad coercitiva cuya titularidad monopoliza." (Citados por GUZMÁN DÁLBORA. ob. cit., pp. 158 y 159).



La tesis precedente es criticada por Guzmán Dálbora, para quien carece de una adecuada delimitación el concreto interés estatal ofendido con el delito. Agrega que "si se quiere cargar el acento en la dimensión política del imperio estatal, entonces ya no



quedaría ninguna diferencia teleológica ni distinción posible entre la asociación criminal y los delitos contra la seguridad del Estado." Además, "una mayor concreción del interés ofendido tampoco se obtiene por el lado de la primacía jurídica de la institución estatal, es decir, con la invocación del Estado como ente que monopoliza el ordenamiento jurídico", pues no se especifica "qué aspectos de la función estatal de garantizar y defender el Derecho quedarían comprometidos por el delito." (ob. cit., pp. 161 y 164).



Por lo anterior pareciera haberse asentado la tesis de que el bien jurídico protegido al tipificar el delito de asociación ilícita es el orden público en la medida que "la asociación para delinquir suscita inevitablemente alarma en la población y, por ende, en sí misma, es decir, con independencia de los delitos que fuesen cometidos, determina una perturbación del orden público." "Para los fines del Derecho penal (siguiendo a Antolisei) el orden público (...) es el buen ajuste y la marcha regular de la vida social; la armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, y, en este sentido, es sinónimo de paz pública." (GUZMÁN DÁLBORA. ob. cit., pp. 169 y 174).

Este mismo debate es reproducido en sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de 8 de julio de 2010 (Rol N° 2596-2009);

21°. Que las dificultades que reviste la precisión del bien jurídico en el caso del delito de



asociación ilícita, al tenor de lo expresado, se ven reproducidas al examinar el texto del artículo 292 del Código Penal, impugnado en estos autos. En efecto, dicha norma considera delictiva "toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades".

La doctrina nacional ha llamado la atención sobre la vaguedad del concepto de "orden social" que bien podría estimarse equivalente al de orden público desarrollado por la doctrina extranjera.

Así, el profesor Etcheberry ha sostenido que "la expresión "orden social" no es muy precisa, y parece referida al "orden público" en su sentido más amplio, no en el restringido de "tranquilidad"." (ob. cit., p. 317).

En similar sentido, se ha dicho que de todos los bienes jurídicos protegidos por el delito de asociación ilícita el que merece más dificultad es el de atentar contra el orden social por la amplitud conceptual con que se ha pretendido puntualizar. "Sin embargo, puede concluirse que la razón de ser de la prohibición, y por ende de la tutela legal -respecto del orden social, desde el ángulo normativo-, reside esencialmente en la idea según la cual el orden es a la sociedad como ésta es al Estado; preexisten uno al otro para funcionar armónicamente, con el objeto de que el Estado logre sus verdaderos fines, en este caso el afianzamiento del vínculo jurídico en la sociedad, asegurando la paz social." (RUIZ ZURITA, ob. cit, p. 31);





22°. Que las ideas anotadas, unidas a la caracterización del delito de asociación ilícita como uno de peligro abstracto, permiten afirmar que la punición del mismo por atentar contra el "orden social" no satisface el estándar constitucional de la ley cierta, asociada al principio de tipicidad. Aún cuando el fallo recaído en el Rol N° 739 no compartió esta tesis, reconoce que "la protección del orden y la seguridad públicos constituye un bien jurídico de carácter colectivo, cuya abstracción dificulta su prueba." (C. 16°).



En lo que dice relación con la situación concreta del juzgamiento a que se ha visto afecto el requirente, no debe perderse de vista que, como ya se recordó, el Ministro en Visita Extraordinaria, don Alejandro Madrid, afirmó, en la sentencia de primera instancia, que se formó una asociación ilícita con propósitos delictuales al interior del Ejército de Chile, catalogando tales hechos como de particular gravedad, al punto que *"los partícipes en ellos con sus conductas han podido llegar a comprometer la seguridad interna del Ejército de Chile y el prestigio de la administración de justicia."* Mientras que el Ministro Carlos Cerda estima, en su voto disidente de la sentencia de segunda instancia -que confirmó la de primera en cuanto al delito de asociación ilícita-, que, precisamente, la asociación ilícita constituida al interior del Ejército de Chile privó al Estado de Chile del libre ejercicio de la superior potestad jurisdiccional y, por otra, sacrificó prerrogativas



esenciales de personas atentando contra "el orden social y las personas."

En consecuencia, es el juzgador, en la causa que nos ocupa, quien ha estimado que el atentado contra el orden social se produjo porque se ha afectado la seguridad interna del Ejército como también el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. Pero ello, claramente, no se desprende de la sola lectura del artículo 292 del Código Penal sino que la vaguedad del concepto de "orden social" -por el cual se ha condenado a Hernán Ramírez Rurange- lleva a que el juez fije su contenido afectando la seguridad jurídica que persigue el principio de tipicidad y constituyendo, en este caso, al delito de asociación ilícita en una ley en blanco abierta de aquellas que proscriben la Constitución, donde el mero hecho de asociarse no puede desentenderse del objeto que, en este caso, sería el atentado contra el orden social;



23°. Que, en este contexto, y en el caso concreto a que se refiere la gestión pendiente de autos, la aplicación del artículo 292 del Código Penal no cumple con la exigencia de contener una descripción del delito de asociación ilícita que satisfaga la exigencia de tipicidad propia de una "ley cierta", que se desprende del artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución Política, por lo que el referido precepto no pudo sino ser considerado inaplicable en los recursos de casación en el fondo y en la forma de que conoce la Corte Suprema bajo el rol N° 8278-13.



Redactó la sentencia el Suplente de Ministro señor Alan Bronfman Vargas, y la disidencia, su autora. Notifíquese, comuníquese, registrese y archívese. Rol N° 2651-14-INA.

[Handwritten signature]
Sr. Carmona

[Handwritten signature]
Sra. Peña

[Handwritten signature]
Sr. Bertelsen

[Handwritten signature]
Sr. Vodanovic



[Handwritten signature]
Sr. Hernández

[Handwritten signature]
Sra. Brahm

[Handwritten signature]
Sr. Bronfman

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros, señora Marisol Peña Torres, señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, señora María Luisa Brahm Barril y el Suplente de Ministro, señor Alan Bronfman Vargas.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.

[Handwritten signature]