

0000868

OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO



2023

**REPÚBLICA DE CHILE**  
**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

---

**Sentencia**

**Rol 12.797-2022**

[12 de enero de 2023]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 241 BIS,  
INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL

EMILIO IVÁN ELGUETA TORRES

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1801117303-5, RIT N° 13.366-2018, SEGUIDO  
ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA DE RANCAGUA

**VISTOS:**

Que, Emilio Iván Elgueta Torres, acciona de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 241 bis, inciso primero, del Código Penal, para que ello incida en el proceso penal RUC N° 1801117303-5, RIT N° 13.366-2018, seguido ante el Juzgado de Garantía de Rancagua.

**Precepto legal cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos impugnados dispone:

*“Código Penal,*

(...)

*Artículo 241 bis.- El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al*



*monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.”.*

(...)

### **Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**

Señala que acciona en el marco de un proceso penal seguido ante el Juzgado de Garantía de Rancagua, cuya investigación se encuentra cerrada y en el cual se ha presentado acusación por veinticuatro delitos de prevaricación, previstos y sancionados en los numerales 6º y 7º del artículo 224 del Código Penal, en relación con los numerales 14º, 15º y 17º del artículo 196 del Código Orgánico de Tribunales; por un delito de enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado en el artículo 241 bis del Código Penal; por once delitos de nombramientos ilegales, previstos y sancionados en el artículo 220 del Código Penal; y, por un delito de cohecho agravado, previsto y sancionado en el artículo 248 bis del Código Penal, atribuyéndole en todos ellos la calidad de autor conforme al artículo 15 N° 1º del mismo cuerpo legal, en grado de desarrollo consumado.

Destaca que, asimismo, el Consejo de Defensa del Estado presentó acusación particular en su contra, con fecha 26 de mayo de 2021. Dicho proceso se encuentra en etapa preparatoria de juicio, habiéndose reagendado audiencia preparatoria fijada originalmente para el 9 de marzo de 2022.

En lo que respecta a la norma cuestionada, esto es, el artículo 241 bis del Código Penal, refiere que en la gestión pendiente se le imputa en razón de presuntas conductas ilícitas realizadas según el análisis de la totalidad de movimientos y operaciones que registran sus cartolas bancarias, durante el periodo comprendido entre los años 2016 a 2018, en el ejercicio de su cargo como Ministro de la Corte de Apelaciones de Rancagua, período en el cual obtuvo un incremento patrimonial relevante e injustificado, cometido en la comuna de Rancagua, ascendiente a la suma de \$28.528.990 pesos.

Con motivo de la aplicación de la disposición cuestionada refiere se vulnera la garantía constitucional de debido proceso, en torno al artículo 19 N° 3, incisos sexto y noveno, en relación con lo previsto en los artículos 1.1, 8.2 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los artículos 2.2, 14.1, 14.2 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de lo indicado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Señala que para poder establecer si en un caso determinado se cumple con las exigencias derivadas del mandato de determinación que impone la Constitución al legislador, debería ser posible para un juez poder determinar, conforme a una mínima racionalidad cuál es el contenido de la conducta y, concretamente, cuál es la diferencia



entre justificado e injustificado y significativo o insignificante. En ello, afirma, surge un problema. La arbitrariedad e indeterminación del contenido del supuesto de hecho descrito en la norma penal, viene dada porque podría entenderse que se configura ante todo incremento patrimonial *“sin una justificación formal”, “aunque no se llegue a justificar -ni en ocasiones se pretenda- acreditar el delito de origen”*; en suma, una mera sospecha a consecuencia de un estado patrimonial y no a una conducta concreta sería constitutiva del ilícito penal.

Así, sostiene que todo acto o transferencia de activos que figure en la cuenta corriente de un funcionario público y que no se corresponda con su sueldo o remuneración mensual podría ser entendido como injustificado, confundándose el acto inmoral de recibir un dinero adicional contraviniendo la obligación de exclusividad propia del servicio con la falta de probidad o el incumplimiento administrativo de contravenir los deberes propios del cargo de no realizar ninguna otra actividad remunerada con una actividad de origen ilícito, en especial, si el mismo tipo penal tiene un carácter de residual toda vez que la ley exige que el incremento patrimonial no sea consecuencia de algún otro ilícito.

Agrega que la norma no contempla la descripción de lo *“relevante”* ni de lo *“injustificado”*, incurriendo en un déficit en torno a la determinación del delito. En tal sentido, constituye un tipo penal abierto en sentido estricto que no describe ningún comportamiento concreto, constituyendo un delito de sospecha, esto es, un estado de cosas que da cuenta del indicio de comisión de un ilícito pero que no se trata de un hecho o un acto, es decir, no se trata de una conducta en los términos que lo exige el artículo 19 N° 3, inciso noveno, de la Carta Fundamental que consagra el principio de responsabilidad personal por el hecho propio.

Adicionalmente, arguye una vulneración a la garantía de debido proceso en torno a la dimensión de la presunción de inocencia, pues se funda en sospecha y obliga al imputado a acreditar la legalidad de ingresos.

El hecho N° 2 del texto de la acusación fiscal describe un estado patrimonial, que al mismo tiempo establece que se trata de una diferencia de resultados de la operación ingreso/egreso en el estado de cuenta corriente del requirente entre el período de tiempo que va desde 2016 a 2018, con fondos injustificados -sin atender tal y como dice la doctrina a la distinción sobre el origen ilícito o lícito de estos dineros- por un monto de \$28.528.990 pesos.

En consecuencia, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia en la medida que la aplicación del inciso primero del artículo 241 bis del Código Penal a este caso concreto, produce efectos contrarios a la Constitución en la medida que la acusación y el proceso penal que se siguen vulneran el derecho penal de acto, aplican el tipo penal como un delito de mera sospecha, sin describir un comportamiento concreto, por lo que se produce en la especie una abierta violación al principio de presunción de inocencia en su dimensión sustantiva. Con ello la posibilidad del juicio penal y la aplicación de una pena, en este caso concreto, tienen lugar en un proceso



penal con infracción a las normas del debido proceso legal, en la medida que se pretende aplicar un precepto penal construido sobre la base de una sospecha de ilicitud y no de un acción u omisión ilícitas diferenciables del resto de las figuras penales que consagra, a propósito de la función pública, el Código Penal.

Añade que existe igualmente una vulneración al principio non bis in ídem. Señala que, si bien la imputación de enriquecimiento ilícito en sede administrativa fue desestimada, casi en su totalidad, absolviéndose de los cargos formulados, salvo en un caso, la pretensión de los persecutores se funda en presuntas ilicitudes administrativas ya indagadas violentando los estándares de doble punición.

### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 2 de marzo de 2022, a fojas 185, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

En resolución de fecha 20 de abril de 2022, a fojas 774, se declaró admisible. Conferidos traslados, el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado formularon observaciones solicitando el rechazo del requerimiento.

### **Observaciones del Ministerio Público, a fojas 785.**

El Ministerio Público señala que el delito de enriquecimiento ilícito está incluido dentro del catálogo de la Convención Interamericana contra la Corrupción del año 1996.

La norma internacional al usar la frase *“adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito”* el enriquecimiento ilícito, establece una obligación para los Estados Parte, entre ellos Chile, de legislar al efecto, debiendo respetar los principios constitucionales y fundamentales del país, en la medida que la Convención es respetuosa del Estado de Derecho de sus miembros.

En tanto, que la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción suscrita y ratificada por Chile, la cual se encuentra vigente en nuestro país por Decreto N°375 de 23 de noviembre de 2006, publicado en el Diario Oficial de 30 de enero de 2007, dispone que cada miembro *“considerará la posibilidad de adoptar”* medidas legislativas para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, reforzando la obligación establecida por la Convención Interamericana.

Señala que a efectos de la tramitación legislativa del precepto se tuvieron en consideración eventuales objeciones respecto al cumplimiento del principio de legalidad, estando formulado el tipo penal en concordancia con el mandato constitucional al contemplar: sujeto activo, circunstancia de tiempo, conducta, resultado y elemento subjetivo.



### **Observaciones del Consejo de Defensa del Estado, a fojas 809.**

Sostiene que procede rechazar el requerimiento porque no se entregan elementos de juicio o fundamentos que permitan justificar, concretamente, que la aplicación del precepto impugnado provocará los efectos contrarios a la Constitución que se denuncian.

Señala que el reproche que formula el requirente dice relación con una confrontación de la norma legal impugnada en abstracto con la Constitución Política de la República, ignorando que a la función jurisdiccional le compete interpretar y aplicar los preceptos legales. Lo que plantea el libelo es un cuestionamiento en cuanto a por qué el Ministerio Público y el acusador particular entienden que el requirente, tras el análisis de la totalidad de movimientos y operaciones que registran sus cartolas bancarias durante el período comprendido entre los años 2016 a 2018, en el ejercicio de su cargo como Ministro de la Corte de Apelaciones de Rancagua, obtuvo un incremento patrimonial relevante e injustificado, cometido en la comuna de Rancagua, ascendente a la suma de \$28.528.990.

Agrega que no hay vulneración al *non bis in idem*. El libelo afirma que el requirente ya habría sido sancionado administrativamente por los mismos hechos, pero no relaciona la normativa legal que permite, diferencia y separa la sanción de esa naturaleza y la penal, desconociendo los diferentes ámbitos y esferas en que descansa la responsabilidad penal y administrativa.

Agrega que sin perjuicio de todo lo que se pueda señalar en cuanto a la posibilidad de que un mismo hecho pueda generar responsabilidades en distintos ámbitos para quien incurre en una acción u omisión reprochada por el ordenamiento jurídico, no es la aplicación de la norma cuestionada la que puede provocar ese resultado, y si se llegara a producir una situación que implicare un doble juzgamiento, serán los tribunales ordinarios los encargados de resolver dicho asunto, toda vez que ya que no se tratará de una cuestión de constitucionalidad. Por lo demás, el libelo omite toda referencia al estatuto especial de responsabilidad a que están sujetos los jueces y, en particular en este caso, los miembros de los Tribunales Superiores de Justicia, como en la especie sucede con el requirente, a quien se le imputa hechos acaecidos durante el ejercicio de sus funciones como Ministro de Corte de Apelaciones, quien estaba sujeto, en el desempeño de su cargo a distintos estatutos de responsabilidad, administrativo, civil y penal, cada uno de ellos autónomo y regulados por sus propias normas.

A mayor abundamiento, se debe tener presente que no obstante las argumentaciones planteadas por el requirente en este aspecto, el libelo no cuestiona la regla contenida en el artículo 20 del Código Penal, que precisamente señala que no se reputan penas las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.



### Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 18 de octubre de 2022 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y alegatos por la parte requirente, del abogado Sebastián Undurraga del Río; del Ministerio Público, del abogado Hernán Fernández Aracena; y del Consejo de Defensa del Estado, del abogado Rodrigo Beas Navarrete.

Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

### CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que, traídos los autos en relación, y luego de verificarse la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, obteniéndose el resultado que a continuación se enuncia:

Las Ministras señoras NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA (Presidenta), MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y los Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por **rechazar** el requerimiento.

Los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, y la Ministra señora DANIELA MARZI MUÑOZ, estuvieron por **acoger** la acción deducida a fojas 1.

**SEGUNDO:** Que, en esas condiciones, se ha producido empate de votos, con lo cual, atendido el quorum exigido por el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental para acoger un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y teniendo en cuenta, de la misma forma, que por mandato del literal g) del artículo 8° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el voto del Presidente de esta Magistratura no dirime un empate, como el ocurrido en el caso sub-lite, y, no habiéndose alcanzado la mayoría para acoger el presente requerimiento de inaplicabilidad, éste deberá ser necesariamente desestimado.

### VOTOS POR RECHAZAR

Las Ministras señoras NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA (Presidenta), y MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y los Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES, estuvieron por **rechazar** el requerimiento, atendidas las siguientes razones:

### I. SOBRE EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO



1°. Que, los antecedentes y alegaciones reseñados en la parte expositiva de la sentencia conducen a resolver si la aplicación del artículo 241 bis del Código Penal, que consagra el delito funcionario de enriquecimiento ilícito, produce efectos inconstitucionales en la gestión pendiente, por infringir los artículos 19 N° 3 incisos sexto y noveno y 5 de la Constitución, en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo anterior, porque el requirente sostiene que se trataría de una ley penal abierta que no cumple con el mandato de taxatividad, derivado del principio de legalidad, al no expresar con claridad la conducta que se sanciona; que afectaría la presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba en perjuicio del imputado; y que su aplicación en el proceso penal contraviene el principio de *non bis in ídem*, al pretenderse juzgar hechos que formaron parte de la formulación de cargos del procedimiento administrativo llevado ante el pleno de la Excma. Corte Suprema por el cual se determinó su destitución.

2°. Que, por razones de coherencia argumentativa, nos haremos cargo primeramente de las alegaciones relativas a la supuesta infracción del principio de *non bis in ídem* en el caso concreto, para luego entrar al análisis de la pretendida inconstitucionalidad de la formulación legal del tipo contemplado en el artículo 241 bis del Código Penal.

## II. SOBRE EL PRINCIPIO DE *NON BIS IN ÍDEM*

3°. Que, la infracción al principio del *non bis in ídem* o prohibición de doble juzgamiento o punición de un hecho, desarrollada en el capítulo B) del requerimiento, es atribuida por el requirente a la aplicación de una serie de normas del Código Orgánico de Tribunales y del Código Penal que formaron parte de la impugnación inicial. Ahora bien, considerando la resolución de admisibilidad parcial dictada por la Segunda Sala de esta Magistratura, que rola a fs. 774 y ss., corresponde avocarse únicamente al conocimiento y resolución de la impugnación del artículo 241 bis del Código Penal en relación con la supuesta infracción a la proscripción de la doble punición.

4°. Que, sobre el particular, el requirente sostiene que para determinar cuándo estamos ante un juzgamiento que afecta el principio de *non bis in ídem*, ha de analizarse si concurre en la especie la triple identidad, compuesta por el sujeto sancionado, los hechos por los cuales se le condena o sanciona, y el fundamento de la sanción (cfr., requerimiento, p. 40).

Enseguida, el requerimiento analiza cada uno de estos elementos en relación con los hechos constitutivos de delito imputados al requirente en la gestión pendiente, realizando una comparativa con los hechos que formaron parte de la presentación de cargos que realizó en sede disciplinaria la Excelentísima Ministra de la Excma. Corte Suprema, doña Rosa Maggi, en procedimiento AD-1942-2018 que habría culminado



con sanción y que serviría de base para la posterior remoción del requirente dictada por el pleno de la Excma. Corte Suprema en causa AD-1200-2019.

Específicamente, en relación con la imputación fiscal del delito de enriquecimiento ilícito contemplado en el artículo 241 bis del Código Penal, el requerimiento sostiene que tales hechos se identifican con el capítulo 5 de los cargos, denominado “irregularidades en depósitos de Emilio Elgueta”, respecto de los cuales, el requirente habría sido absuelto casi en su totalidad. Textualmente, el requerimiento sostiene que *“Si bien esta imputación en sede administrativa fue desestimada, casi en su totalidad, absolviéndose a mi representado de los cargos formulados, salvo los relacionados con el Magistrado Libretti, y esto fue corroborado en el Acuerdo de fecha 02 de julio de 2019 del Tribunal Pleno de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia recaído en causa administrativa AD-1942-2018 y también es posible encontrar advertencias sobre que esto se estaba investigando en sede penal, pero que la Excma. Sra. Ministra, investigaba solo la responsabilidad administrativa, lo cierto es que las advertencias de que esto era también objeto de una investigación penal, agravan aún más la afectación al principio de non bis in idem, y al menos por estos depósitos mi representado fue investigado, en la sede administrativa y por la declaración del entonces fiscal de esta causa don Sergio Moya D. la información propia de los depósitos fue puesta a disposición de la Excma. Sra. Maggi, por lo que existiría una infracción al non bis in idem, dado que los estándares de doble juzgamiento no fueron respetados y en el caso del Juez Libretti, esa infracción alcanza también a los estándares de doble punición”* (fs. 44).

5°. Que, sin embargo, de la lectura del requerimiento en aquella parte que desarrolla la “identidad de fundamento” de las sanciones (fs. 44-45), se echa de menos la mención del artículo 241 bis del Código Penal, precepto respecto del cual esta Magistratura Constitucional debe centrar su análisis. En efecto, el requerimiento en este punto únicamente se refiere a la preceptiva impugnada que no sorteó el examen de admisibilidad efectuado por la Segunda Sala de este Tribunal, tal como se lee con claridad cuando señala que *“todas estas resoluciones, se fundamentan en que las infracciones administrativas, que habría cometido mi representado son vulneraciones a las normas de probidad administrativa dado que la conducta de él no habría sido intachable, y su desempeño no habría sido honesto, ni leal con el cargo que desempeñaba y habría antepuesto sus intereses particulares, en lo relativo a las causales de recusación de los jueces, previstas en los numerales 14º, 15º y 7º del artículo 196 del Código Orgánico de Tribunales o al nombramiento de personas fuera de los casos permitidos por la ley, de acuerdo a lo señalado en el artículo 220 del CP o a solicitar que se nombrara a personas cercanas a su entorno, de acuerdo a lo señalado en el artículo 248 del CP y al mismo tiempo, que estos hechos que sirven para configurar las infracciones al artículo 196, 259, 260, 320 del Código Orgánico de Tribunales o a la Ley General de Bases de la Administración o la Ley 19.653 Sobre Probidad Administrativa, aplicable de los órganos de la administración del estado, son los que sirven a los Excelentísimos Ministros de la Corte Suprema para decretar primero la sanción de suspensión de cargo por cuatro meses, con goce de media remuneración y luego la remoción*





definitiva del ex Ministro D. Emilio Iván Elgueta Torres” (fs. 46), sin hacer referencia alguna al artículo 241 bis del Código Penal.

6°. Que, en estrados, el requirente no entregó antecedentes adicionales que pudieran salvar esta omisión, de modo que no se divisan motivos para modificar lo razonado por la Segunda Sala de esta Magistratura en el sentido de que *“no es posible concluir, a partir de los fundamentos del libelo, que exista exclusivo sustento en dichas disposiciones en orden a que ellas posibiliten una doble punición con idéntico fundamento, omitiéndose por lo demás referencias al artículo 20 del Código punitivo, en cuya virtud no se reputan penas las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”* (fs. 776).

7°. Que, sin perjuicio de lo anterior, estimamos pertinente referirnos a los procedimientos disciplinarios y de remoción del requirente, para luego desarrollar el estatuto constitucional de responsabilidad de los jueces, por ser este último un argumento concomitante para el rechazo del requerimiento en este punto, y ser asimismo relevante para el análisis de constitucionalidad de la formulación del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

#### **1. Referencias relevantes en relación con el proceso disciplinario AD 1942-2018 y de remoción AD 1200-2019 seguidos ante la Excma. Corte Suprema**

8°. Que, sobre los procedimientos disciplinarios seguidos en contra del requirente, son relevantes los siguientes antecedentes:

a) En relación con el procedimiento administrativo AD 1942-2018, consta que con fecha 30 de noviembre de 2018 el Tribunal Pleno de la Corte Suprema dispuso la designación de la Excma. Ministra Rosa Maggi, en calidad de ministra en visita, con amplias facultades en el ámbito disciplinario, pudiendo extender el encargo a los restantes hechos que advirtiera en tal cometido, decisión adoptada con ocasión de las denuncias formuladas por supuestos nombramientos irregulares de funcionarios en tribunales de la jurisdicción, tráfico de influencias y otras conductas reñidas con la probidad administrativa que habrían trascendido a la prensa regional y nacional, afectando la imagen de la Corte de Apelaciones de Rancagua.

b) El 3 de diciembre de 2018 se dio inicio al proceso investigativo con la finalidad de determinar eventuales responsabilidades disciplinarias de los ministros Marcelo Vásquez y Emilio Elgueta por los hechos descritos. Los hechos objeto de investigación fueron ampliados por resoluciones de 11 y 12 de diciembre de 2018, a fin de comprobar la posible responsabilidad disciplinaria de los Ministros Marcelo Alborno, Emilio Elgueta y Marcelo Vásquez, por ejercer supuestas influencias en interés propio o de terceros.

c) Por resoluciones de fecha 28 de marzo y 26 de abril de 2019, se formularon cargos en contra de los funcionarios investigados que, en general, dicen relación con



irregularidades en nombramiento de funcionarios, intervención en procesos judiciales, postulaciones y nombramientos, irregularidades en depósitos en cuentas corrientes y transferencias bancarias, irregularidades en la instalación de salas.

d) El 28 de mayo de 2019 la ministra en visita propone al Pleno de la Excma. Corte Suprema mantener cinco cargos formulados en contra del requirente y sancionarlo con la máxima sanción prevista en el artículo 537 del Código Orgánico de Tribunales, esto es suspensión de funciones por cuatro meses, y hacer uso de la facultad conferida en el artículo 80 de la Constitución Política de la República en orden a disponer su remoción, por no haber observado el buen comportamiento que le es exigible.

e) Por resolución de 11 de julio de 2019 el Pleno de la Excma. Corte Suprema resolvió aplicar la sanción máxima contemplada el Código Orgánico de Tribunales, esto es, la medida disciplinaria de suspensión de funciones por cuatro meses, con goce de media remuneración, imputando el tiempo que permaneció suspendido en su función en virtud de la medida cautelar decretada en el procedimiento. Asimismo, en consideración a la entidad de las infracciones constatadas, se dispuso la apertura de un cuaderno para estudiar la remoción del requirente.

f) Por resolución de 23 de septiembre de 2019, en procedimiento administrativo AD 1200-2019, el Pleno de la Excma. Corte Suprema resolvió remover de su cargo al requirente, por no haber tenido el “buen comportamiento” a que se refiere el artículo 80 de la Constitución.

## **2. Fundamento constitucional de la responsabilidad de los jueces**

9°. Que, el control concreto que corresponde a esta Magistratura Constitucional efectuar exige recordar que la gestión pendiente está relacionada con la imputación de hechos delictivos a un ex Ministro de la Illtma. Corte de Apelaciones de Rancagua durante el ejercicio de sus funciones, de manera tal que resulta pertinente referirse a la responsabilidad como principio básico de la administración de justicia, que cuenta con reconocimiento expreso en la Constitución.

10°. Que, la independencia de los jueces es de la esencia de la función judicial, y condición necesaria del principio de separación de poderes en una república democrática como Chile, al tenor del artículo 4 y 76 de la Carta Fundamental. La independencia es garantizada, de inicio, por la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los tribunales y el deber de inavocabilidad de los demás poderes del estado (artículo 76 de la Constitución), y luego, por el principio de inamovilidad, conforme al cual los jueces permanecen en sus cargos mientras dure su buen comportamiento (artículo 80 de la Constitución). En este contexto, la independencia judicial, como salvaguarda de la función judicial, exige responsabilidad de quienes están llamados a ejercerla, y es así que se ha dicho que *“la institución judicial requiere de un principio de independencia y de su contrapartida, la*



*obligación de sujeción del juez a la ley que, incumplida, genera responsabilidad judicial” (Carbonell, F. y Letelier, R., 2021, Debido proceso y garantías jurisdiccionales, en Curso de Derechos Fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 359). De esta manera, “La responsabilidad de los jueces por su conducta funcionaria es un requisito necesario para alcanzar una pronta y debida administración de justicia, a la que tienen derecho los justiciables y sin la cual se hacen ilusorios derechos fundamentales como el acceso a la justicia y a la tutela efectiva de los derechos que la Constitución y la ley consagran” (STC rol 747, c. 28°).*

11°. Que, son diversas disposiciones constitucionales las que se refieren a la responsabilidad de los jueces, pudiendo apreciarse con nitidez tres tipos de ella: política, penal y disciplinaria. Desde ya, debe recordarse que el artículo 80 de la Constitución contempla como requisito de permanencia en el cargo de los jueces “*su buen comportamiento*” y, correlativamente, la declaración de que un juez no se ha comportado como tal se contempla como una causal de remoción. En efecto, el inciso tercero del artículo 80 de la Constitución establece que “*la Corte Suprema por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso, acordar su remoción por la mayoría del total de sus componentes*”. Ahora bien, la responsabilidad política de los magistrados de los tribunales superiores de justicia, por notable abandono de deberes, se desprende con nitidez de los artículos 52 y 53 de la Constitución, y se hace efectiva a través de la acusación constitucional. Por su parte, y en lo que interesa al presente requerimiento, a la responsabilidad penal de los jueces se refiere el artículo 79 de la Constitución, al señalar que “*Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones*”. Finalmente, el fundamento constitucional de la responsabilidad disciplinaria se desprende de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Excm. Corte Suprema, contemplada en el inciso primero del artículo 82 de la Constitución, y respecto de los tribunales superiores de justicia, la facultad disciplinaria es mencionada expresamente en el inciso segundo de la aludida disposición.

De acuerdo con lo anterior, se ha dicho que “*la Constitución establece que los jueces responderán disciplinaria y penalmente. Tratándose de ministros de los tribunales superiores de justicia, además tendrán una responsabilidad de tipo político a través de un sistema de impeachment. Quedará a criterio del legislador determinar si a esa responsabilidad penal agrega una civil derivada del delito, cuestión que en la legislación chilena vigente ocurre.*

*De este modo, se puede concluir que las responsabilidades política, penal y disciplinaria de los jueces chilenos se imponen constitucionalmente. El legislador ordinario no podría derogar alguna de estas formas de responsabilidad exigidas constitucionalmente” (Bordalí, A., 2018, el régimen de responsabilidad disciplinaria de los jueces chilenos y su inadecuación a las exigencias constitucionales, Ius et Praxis, p. 516).*



12°. Que, como corolario de la consagración constitucional de tres órdenes de responsabilidad, aparece que, en el ámbito ministerial, la concurrencia de la sanción disciplinaria y la sanción penal no resulta contraria a la Carta Fundamental, lo que es un argumento concomitante para el rechazo del requerimiento en este punto.

### 3. No se configuran los elementos del *non bis in ídem*

13°. Que, sólo a mayor abundamiento, no se ha comprobado que en la especie se configure la triple identidad planteada en el requerimiento. Con la mera transcripción de la formulación de cargos y la acusación fiscal, no es posible en este caso identificar una identidad de hechos entre los que formaron parte de los cargos del procedimiento disciplinario y aquellos que forman parte del proceso penal seguido en contra del requirente. En efecto, mientras el primero se refiere a un total de cinco movimientos en las cuentas bancarias del Sr. Elgueta en el año 2016, que consideradas en conjunto arrojan una suma total de \$4.500.000, en el segundo se imputa la obtención de un incremento patrimonial relevante e injustificado ascendente a la suma de \$28.528.990 durante el período comprendido entre los años 2016 a 2018.

14°. Que, respecto del fundamento de las sanciones, esta Magistratura ha sostenido que si este obedece a bienes jurídicos diferentes no existe una infracción al principio de *non bis in ídem* (en ese sentido STC rol 12823, c. 44°, STC rol 12615, c. 22°) y en ese mismo sentido, la Excmo. Corte Suprema ha señalado que “*no basta la unidad de conducta para aplicar el principio en estudio, por lo que reviste la máxima relevancia, atender al fin de la norma, que indudablemente se relaciona con el bien jurídico que se encuentra amparado por aquella*” (Corte Suprema, 7 de junio de 2021, rol 114-2020, c. 28°).

De esta forma, no infringe el principio del *non bis in ídem* la acumulación de la sanción penal y de la sanción administrativa si estas atienden a bienes jurídicos protegidos diversos (en ese sentido, Corte Suprema, 28 de septiembre de 2020, rol 21054-2020, c. 12°), pues “*En términos estrictos, hay que constatar que no se trata de una punición múltiple, pues la valoración de la conducta es única y sólo hay una diversificación orgánica de las competencias para la imposición de las sanciones*” (STC rol 12539, c. 23°). Esto es precisamente lo que ocurre con la sanción disciplinaria y la sanción penal, como el legislador se ha encargado de precisar en el artículo 20 del Código Penal al señalar que “*No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas*”, y en esa misma línea discurre el artículo 120 de la Ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, cuya inconstitucionalidad - por infringir el *non bis in ídem* - fue descartada por esta Magistratura en su reciente sentencia rol 12615.



15°. Que, en el ámbito de la responsabilidad de los jueces, es claro que la diversificación orgánica de sanciones, además de encontrar reconocimiento en la Constitución, responde a la tutela de bienes jurídicos diversos, pues la responsabilidad disciplinaria de los jueces tiene por objeto la disciplina de quienes están encargados de administrar justicia (cfr., STC rol 747, c. 19°- 29°), mientras que la responsabilidad penal derivada de delitos contra la corrupción se justifica en la protección de la probidad en el ejercicio de una función pública y el patrimonio fiscal. También se ha sostenido que *“La responsabilidad disciplinaria se ocupa del buen funcionamiento de un determinado órgano desde una perspectiva interna. Y la responsabilidad disciplinaria de los jueces habrá de entenderse referida a sancionar aquellas actuaciones ilícitas del juez cuando ejerce jurisdicción. Se diferencia entonces de la responsabilidad penal, pues ésta tiene por definición una proyección social y general, externa al órgano público. Por ello se sancionan aquellas conductas que afectan los bienes jurídicos más preciados por la comunidad”* (Bordalí, A, 2018, el régimen de responsabilidad disciplinaria de los jueces chilenos y su inadecuación a las exigencias constitucionales, *Ius et Praxis*, p. 518).

16°. Que, desde el punto de vista de la proporcionalidad, tan importante como el principio del *non bis in ídem* es el principio de la íntegra valoración del hecho, conforme al cual el disvalor de la conducta debe encontrarse íntegramente comprendido en la o las sanciones a imponer. De esta forma, *“la prohibición de punición múltiple no se ve quebrantada si la aplicación conjunta de las dos o más normas de sanción, cuyos supuestos de hecho se ven realizados de modo imputable por el comportamiento de una misma persona, expresa adecuadamente la magnitud de merecimiento de pena predicable del objeto de juzgamiento con arreglo a la representación legislativa. De ahí que la prohibición de doble valoración encuentre su contrapunto preciso en el así llamado ‘mandato de exhaustividad’: la sentencia condenatoria ha de hacer explícita la total magnitud de desaprobación jurídica referida a cada instancia de realización imputable (a una misma persona) de todas y cada una de las formas de comportamiento delictivo bajo las cuales sea subsumible el respectivo objeto de juzgamiento”* (Mañalich, J. 2014, El principio *ne bis in ídem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, *Política Criminal*, Vol 9 N° 18, p. 549).

En ese sentido, se tiene presente que la propuesta final de la Excm. Ministra Rosa Maggi, en el procedimiento disciplinario seguido en contra del requirente, plantea que *“Cada una de las conductas descritas en los respectivos cargos que se propone mantener, aun considerada aisladamente, merece la máxima sanción prevista en el artículo 547 del Código Orgánico de Tribunales, que es aquella que se propone imponer a los funcionarios investigados. Pese a la multiplicidad y gravedad de los hechos que han sido motivo de los cargos, no es posible elevar la sanción de suspensión de funciones más allá del término de cuatro meses previsto en la citada norma”* (fs. 133), propuesta que fue compartida por el pleno de la Excm. Corte Suprema que sostuvo *“Que el número de conductas imputadas y acreditadas respecto de los ministros sumariados, la entidad de los deberes funcionarios infringidos, algunos en forma reiterada, el carácter de las disposiciones conculcadas, que involucran valores esenciales para la función jurisdiccional, permiten a esta corte hacer suya la propuesta de la*



*ministra en visita extraordinaria e imponer a Marcelo Vásquez Fernández y a Emilio Elgueta Torres, ministros de la Corte de Apelaciones de Rancagua, la sanción máxima que contempla el Código Orgánico de Tribunales, teniendo además en consideración las conductas reñidas con la función judicial que fueron acreditadas y que se ha traducido en el descrédito institucional y la pérdida de confianza ciudadana en el sistema de administración de justicia” (Resolución AD 1942-2018, c. 43°), de forma tal que impuso la medida disciplinaria de suspensión de funciones por cuatro meses, con goce de media remuneración.*

Por su parte, la Excma. Corte Suprema, en la resolución de remoción, sostuvo que esta *“no cabe ser tenida por un doble juzgamiento de unos mismos hechos, sino por lo que efectivamente es: corolario de un actuar reprobado que, ahora es ponderado en conjunto con su anterior desempeño funcionario como correspondía hacerlo, atendido el distinto propósito de la norma constitucional ya citada, artículo 80 de la Constitución Política de la República, puesto que los funcionarios cuestionados fueron sometidos a sendos procedimientos disciplinarios, cuyo resultado sancionatorio sólo pudo inscribirse en alguna de las medidas contempladas en el artículo 537 del Código Orgánico de Tribunales, pero que, además, por expreso mandato de la Carta Fundamental, se ha de considerar a los efectos de analizar si las conductas establecidas admiten que los sancionados permanezcan ejerciendo la judicatura. Como se ha visto, la respuesta negativa es categórica, toda vez que el comportamiento que tuvieron los señores Elgueta y Vásquez ha quebrantado de manera grave e insuperable el respeto, la prudencia y la integridad consustanciales al desempeño de la función jurisdiccional y que constituyen principios básicos que todo funcionario judicial tiene el deber de observar y que, en el caso de los jueces resultan absolutamente indispensables” (Resolución AD 1200-2019, c. 14°).*

17°. Que, considerando lo expuesto, si la sanción disciplinaria inhibiera la sanción penal, además de contravenir el estatuto constitucional de responsabilidad de los jueces, se incumpliría el principio de la íntegra valoración del hecho o mandato de exhaustividad, pues la sanción disciplinaria impuesta al requirente no absorbería por completo el disvalor de las conductas que le son atribuidas en sede penal.

18°. Que, de acuerdo con lo razonado precedentemente, este motivo de impugnación no puede prosperar.

### **III. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 241 BIS DEL CÓDIGO PENAL**

19°. Que, corresponde analizar los cuestionamientos de constitucionalidad planteados por el requirente vinculados con la formulación legal del tipo penal contenida en el artículo 241 bis del Código punitivo, relacionados con la contravención de la garantía constitucional de legalidad de los delitos en su manifestación de *lex certa* y con la contravención del debido proceso en su manifestación de presunción de inocencia.



### 1. El delito de enriquecimiento ilícito en el ordenamiento jurídico chileno

20°. Que, el artículo 241 bis del Código Penal fue introducido por la Ley 20.088, que establece como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen la función pública, y se inserta en un contexto del compromiso que, desde hace décadas, asumen diversos Estados en la lucha contra la corrupción.

Si bien, en los inicios de la tramitación de la Ley 20.088 no se contemplaba el delito de enriquecimiento ilícito, tal idea surge como una forma de darle eficacia al proyecto. Es así que en el Informe de Comisión de Constitución del Segundo Trámite Constitucional, se señaló que *“para que este proyecto sea eficaz, debe incluir la tipificación y castigo del delito de enriquecimiento ilícito, con lo cual se cumpliría, además, el compromiso contraído al suscribir la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, promulgada por decreto No 1.879, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1998, publicada en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999”* (Historia de la Ley 20.088. Segundo Trámite Constitucional: Senado. Informe de Constitución, p. 164).

21°. Que, es relevante tener presente que Chile ha suscrito dos instrumentos internacionales que responden a esfuerzos *“para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”* (Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción) y en los cuales se contempla el compromiso de los Estados, con sujeción a la Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, de adoptar medidas para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito.

Específicamente, la Convención Interamericana contra la corrupción, vigente en nuestro país por Decreto N°1879 de 29 de octubre de 1998, publicado el 2 de febrero de 1999, dispone en su artículo IX *“Enriquecimiento ilícito”* lo siguiente:

*“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.*

En sentido similar, el artículo 20 *“Enriquecimiento ilícito”* de la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, vigente en Chile por decreto N° 375 de noviembre de 2006, publicado el 30 de enero de 2007, dispone:

*“Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”.*

22°. Que, se ha planteado en el requerimiento, recurriendo a la opinión doctrinaria, que el Estado de Chile no se encuentra obligado, en virtud de tales



convenciones, a tipificar el delito de enriquecimiento ilícito. Sin embargo, tal discusión no es atingente ni relevante en esta sede, pues lo cierto es que el legislador optó por incorporar el delito en el Código Penal, precisamente con la Ley 20.088. Lo que sí compete a esta Magistratura, de acuerdo con lo señalado en ambas convenciones, es determinar si el artículo 241 bis se sujeta a la Constitución, que es lo que se analizará a continuación.

23°. Que, tras las modificaciones de redacción, durante la tramitación de la Ley 20.088, el artículo 241 bis del Código Penal, en su versión definitiva, señala en sus tres primeros incisos los siguiente:

*“El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.*

*Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito.*

*La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público”.*

24°. Que, la doctrina ha sostenido que el delito de enriquecimiento ilícito contemplado en el artículo 241 bis del Código Penal, *“Se trata de un delito de resultado, que exige acreditar: i) que el patrimonio del funcionario se incrementó de manera relevante durante el ejercicio de su cargo, lo que supone una prueba contable del patrimonio existente al momento de asumir el cargo y del que existía al momento de configurarse el delito que muestre esta diferencia relevante; y ii) que ese aumento fue injustificado o indebido, esto es, que no puede explicarse por los ingresos legítimos en cuanto funcionario y el resto de los que pudiese haber obtenido lícitamente respecto de su situación patrimonial al ingresar al servicio (herencias, inversiones, etc.), o que se compruebe derechamente su origen ilícito”* (Matus, J. y Ramírez, M. 2021, Manual de Derecho Penal Chileno. Parte especial 4ª ed, Tirant Lo Blanch, p. 298).

Por su parte, la Excma. Corte Suprema ha señalado que el artículo 241 bis del Código Penal *“sanciona al empleado público que obtiene aumentos patrimoniales injustificados prevaleándose de su condición; tiene como ratio legis hacer frente a la corrupción administrativa mediante un tipo especial que permita llegar donde no lo hacen los tipos clásicos que reprimen la obtención indebida de beneficios económicos en el ejercicio de un cargo público, terminando así con la ausencia de figuras que sancionen conductas que no se encontraban especialmente consagradas, es decir, reprime comportamientos que con anterioridad a su establecimiento eran impunes.*

*En efecto, de los contornos concretos que ha asumido la figura en el derecho chileno se puede concluir que se trata de un tipo penal que abarca toda forma de enriquecimiento ilícito*





que no se encuentra especialmente tipificado en la ley, teniendo un carácter eminentemente residual” (Corte Suprema, 7 de abril de 2009, rol 2843-2008).

25°. Que, es necesario recordar que esta Magistratura debe analizar, en concreto, si el tipo penal del artículo 241 bis del Código Penal se sujeta a los límites constitucionales. No son pertinentes en este análisis las críticas doctrinarias sobre este delito a las convenciones en contra de la corrupción y, con mayor razón, las críticas a la formulación legal de este delito en otras legislaciones. Lo anterior, porque el artículo 241 bis del Código Penal chileno, como veremos, tiene particularidades que exigen su análisis en su propio contexto.

## 2. El enriquecimiento ilícito ¿Es un delito sin conducta?

26°. Que, en relación con la infracción del artículo 19 N°3 inciso noveno de la Constitución, es posible distinguir dos alegaciones en relación con el principio de legalidad penal. Por una parte, se sostiene que estamos en presencia de un “delito de sospecha”, pues la norma no describiría ningún comportamiento concreto, ni tampoco una conducta, como lo exige el precepto constitucional. Por otra parte, y estrechamente relacionado con lo anterior, se sostiene que no se cumplen con las exigencias del mandato de determinación, particularmente con el uso de las expresiones “relevante” e “injustificado”, sin entregar pautas o criterios racionales y objetivos al juez para determinar la configuración de la conducta típica.

27°. Que, el inciso noveno del artículo 19 N°3 de la Constitución dispone que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”, con lo cual es claro que la Carta Fundamental condiciona la imposición de una sanción penal a la verificación de una conducta, la cual debe estar expresamente descrita en la ley. En este sentido, uno de los elementos de la teoría del delito, sobre la cual esta descansa, es la existencia de una acción, y así, el artículo 1 del Código Penal define delito como “*toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*”. Por ello, se ha dicho que “En el derecho penal nacional deben descartarse las teorías que no reconocen a la conducta humana categoría de elemento substancial del delito, por cuanto el art. 1º se inicia diciendo que el delito es una conducta del hombre (‘acción u omisión’) y la Constitución Política en el art. 19 N° 3º margina toda posible duda sobre el punto” (Garrido, M, 2003. Nociones fundamentales de la teoría del delito, 3ª ed, Santiago, Editorial Jurídica, p. 30).

28°. Que, sin embargo, el artículo 241 bis del Código Penal sí contiene una conducta sancionada, cual es el obtener un incremento patrimonial relevante e injustificado. El verbo rector es “obtener”, palabra que es definida por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE) como “Alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende”. Al tratarse de un verbo transitivo, se complementa con las expresiones “*incremento patrimonial relevante e injustificado*”, de forma tal que la conducta sancionada se hace consistir en alcanzar, conseguir y lograr un incremento



patrimonial relevante e injustificado que se solicita o pretende. No es correcto, entonces, que lo punible sea el simple incremento patrimonial relevante e injustificado, sino que es la acción de obtenerlo. A esta conclusión se arriba de la conjunción del precepto impugnado, con el artículo 1 del Código Penal, ya transcrito.

29°. Que, el hecho de existir diversas formas a través de las cuales se puede obtener el aludido enriquecimiento no es argumento para sostener que el tipo no describe una conducta, de la misma manera que no es posible sostener que, por el hecho de que existan diversas maneras de matar a otro, en el tipo de homicidio del artículo 391 N°2 del Código Penal no se describe conducta alguna. Respecto de este último delito, precisamente la doctrina ha señalado que *“Se trata de una conducta definida exclusivamente por su resultado, al contrario, p. ej., de la definición de lesiones graves del Art. 397, donde expresamente se indican las formas de la conducta punible (herir, golpear o maltratar de obra)”* (Matus, J. y Ramírez, M. 2019, Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial 3ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, p. 33)

Lo que sucede es que, al igual que lo que ocurre con el delito de homicidio (cfr., Cury, E. Derecho Penal Parte General, Santiago, Ediciones UC, p. 263), en el delito del artículo 241 bis del Código Penal, en el hecho descrito en el tipo se integran tanto la acción como el resultado. Y en esta línea, si el legislador entiende que toda forma de obtención de un enriquecimiento relevante e injustificado por parte de un funcionario en el ejercicio de sus funciones es merecedora de castigo, al igual que entiende toda forma de dar muerte a otro lo es, no está obligado a especificar todas y cada una de las formas de la conducta punible.

30°. Que, descartado que el artículo 241 bis del Código Penal contemple un “delito de sospecha” corresponde analizar si se infringe el principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*.

### **3. Principio de legalidad, *lex certa* y mandato de determinación**

31°. Que, un Estado democrático de derecho, junto con el respeto irrestricto a los derechos humanos, se cimienta sobre la base del principio de legalidad, conforme al cual los poderes públicos deben sujetar su actuación a la Constitución y la ley. En el ámbito penal, el principio de legalidad es conocido por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que exige que los delitos y las penas deben estar claramente establecidos en la ley. La exigencia del principio de legalidad permite no sólo que el ciudadano participe, directa o indirectamente, en el proceso de producción normativa de los delitos y penas, sino que además le habilita a conocer qué comportamientos se encuentran prohibidos, de modo tal que se le permita adecuar su conducta. De esta forma, *“el principio de legalidad constituye una garantía esencial del ciudadano en un Estado de Derecho, que resulta así protegido frente a todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible antes de su realización”* (Zugaldía, J. 2014, en Zugaldía, J. y Pérez, E. Derecho Penal. Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, p. 234).



32°. Que, sabido es que el principio de legalidad en materia penal se encuentra consagrado en los incisos octavo y noveno del artículo 19 N° 3 de la Constitución que establecen que *“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”* y que *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*

33°. Que, en materia penal, para cumplir con la exigencia que impone el principio de legalidad, se debe cumplir con los criterios de *lex previa*, *lex stricta*, *lex scripta* y *lex certa*. Como ha señalado el Tribunal Supremo Español, *“el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita ( lex scripta ), anterior a los hechos ( lex previa ), que las describa con necesaria claridad y precisión ( lex certa ) y de modo que quede excluida la aplicación analógica ( lex stricta )”* (Tribunal Supremo Español, STS 9099/2007 de 4 de octubre de 2007, c. 6°).

Desde este punto de vista, el reproche de constitucionalidad del requirente está dado por la existencia de una *“ley penal abierta”* que cierta parte de la doctrina las incorpora como una forma de ley penal en blanco. Las leyes penales abiertas son *“aquellas disposiciones incompletas en que la labor de complemento es entregada al propio tribunal encargado de aplicarlas”* (Rodríguez, L., Constitucionalidad de las leyes penales en blanco, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°8, p. 234).

34°. Que, la proscripción de las leyes penales abiertas se relaciona con el principio de tipicidad o taxatividad, que no es otra cosa que la exigencia de la *lex certa*, y que contiene un mandato de determinación de la ley penal, tanto de la conducta delictiva como de sus consecuencias jurídico-penales. Como señala Zugaldía *“Para que realmente la ley cumpla con su función de establecer cuáles son las conductas punibles, éstas deben estar definidas con claridad y precisión, no de forma excesivamente vaga o genérica. Sólo de esta forma puede el ciudadano saber qué es lo permitido y lo prohibido y puede el juez decidir con exactitud si debe absolver o condenar por un determinado hecho”* (Zugaldía, J. 2014, en Zugaldía, J. y Pérez, E. Derecho Penal. Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 254-255).

35°. Que, sobre el principio de tipicidad, esta Magistratura ha señalado que *“La función de garantía ciudadana del principio de tipicidad -el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sanciona- se cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma. Empero, ésta también puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta. El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación. No debe, pues, confundirse la labor del juez de la causa en cuanto discierne los supuestos fácticos derivados de la norma,*



con la creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal” (STC rol 549, c. 12°).

En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha precisado que *“Es claro que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo. Si se tiene presente lo que queda dicho en el fundamento que antecede -esto es, la inserción de toda norma en el sistema que es el ordenamiento-, una tal labor definatoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecerían de toda virtualidad justificante y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones”* (Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 89 de 12 de marzo de 1993).

De esta forma, el legislador puede dejar ciertos elementos del tipo a la interpretación del tribunal del fondo, pues no está constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo (en ese sentido, STC roles 1281, 13541 y 2615).

36°. Que, la ley se caracteriza por su generalidad y abstracción, lo que también puede predicarse del lenguaje en que se expresa, de forma tal que el principio de tipicidad no puede ser entendido en una forma excesivamente rigurosa. Como señala la doctrina *“la ley expresada en el lenguaje natural de una comunidad compartirá sus características de vaguedad, recursividad y textura abierta y, por ello, será relativamente indeterminada. Además, por su carácter general y abstracto, todas las descripciones de los supuestos de hechos de las leyes penales (los también llamados tipos penales) son, por definición, incapaces de reflejar las múltiples formas que pueden adoptar las conductas en la vida real, siendo ello inevitable ante la imposible alternativa de hacer un catálogo de todas las manifestaciones concretas de la conducta humana”* (Matus, J y Ramírez, C., 2019, Manual de derecho penal chileno. Parte General. Valencia, Tirant lo blanch, p 40). Lo relevante, desde el punto de vista de la tipicidad, es que se describa con claridad y certeza el núcleo central de la conducta que se sanciona.

#### 4. ¿El artículo 241 bis del Código Penal contiene un tipo penal abierto?

37°. Que, el requirente sostiene que las expresiones *“injustificado”* y *“relevante”* utilizadas en el artículo 241 bis del Código Penal, convierte al tipo penal en una cláusula de carácter genérico o abierto, que habilita una aplicación antojadiza de la persecución penal, ya que no entrega criterios para que el juez determine, con mínima racionalidad, el contenido de la conducta y la diferencia entre lo justificado e injustificado y lo relevante y lo irrelevante.

38°. Que, en la creación de los tipos penales, es posible que el legislador realice alusiones a la antijuridicidad o contemple elementos del tipo formulados negativamente (v.gr., *“injustificado”*, *“indebido”*, *“ilegítimos”*, *“injusta”*). Al respecto, Roxin ha señalado que *“se deduce que los elementos negativos cuya no*



*conurrencia debe constatarse no pertenecen necesariamente a la antijuridicidad. Es cierto que por regla general sucede que el tipo contiene los elementos positivos fundadores del injusto, mientras que la no concurrencia de determinadas situaciones permisivas sólo afecta a la antijuridicidad, pero también hay 'elementos del tipo formulados negativamente' cuya comprobación pertenece ya al tipo del injusto" (Roxin, C. 1997, Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos La Estructura de la Teoría del Delito, trad. de la 2ª ed. Alemana Luzón, Díaz y de Vicente., Madrid, Thomson Reuters Civitas, p. 291). También tales referencias a circunstancias propias de la antijuridicidad han sido tratadas por la doctrina a propósito de los "elementos de valoración global del hecho", que, siguiendo la propuesta de Roxin, "Son elementos que se caracterizan porque una de sus partes, los presupuestos fácticos o circunstancias materiales que conforman el sustrato del juicio de injusto, pertenece a la tipicidad, en este sentido se deben considerar elementos del tipo al igual que los elementos de naturaleza descriptiva del hecho. Pero, al mismo tiempo, contienen una valoración e conjunto que debe ubicarse en la antijuridicidad; son elementos que, siempre, o por regla general, alojan la antijuridicidad formal" (Ossandón, M. 2009, La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa, Santiago, Editorial Jurídica, p. 125).*

39°. Que, del análisis de la jurisprudencia de esta Magistratura es posible concluir que la incorporación de estos elementos en el tipo penal no plantea problemas constitucionales desde el punto de vista de la *lex certa*. Así, tratándose del delito de "vejación injusta" del artículo 255 del Código Penal, esta Magistratura sostuvo que "la expresión injusta alude a que carece de justificación normativa, debiendo apreciarse en relación a un acto del servicio, y se determina por un criterio de valoración cultural propio de la función hermenéutica inherente a la jurisdicción" de manera que "La comprobación de la concurrencia de los supuestos de la norma, es tarea del juez. Recabar de la ley -general y abstracta- omnicomprensión de todas las circunstancias posibles, no es compatible con el método jurídico" (STC rol 2670, c. 6° y 7°), y en el mismo sentido se ha pronunciado esta Magistratura respecto del delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (STC rol 12769).

40°. Que, además, el requirente no se hace cargo de la expresión "indebido" que emplea el inciso segundo del artículo 241 bis, que puede servir de guía en la función hermenéutica. Por ello, y sin perjuicio de lo que se razonará a propósito de la presunción de inocencia, debe descartarse la argumentación del requirente en orden a que la expresión "injustificado" refiere una cuestión probatoria relativa a la ausencia de prueba del enriquecimiento. No es esa la inteligencia que debe dársele al precepto, pues lo "injustificado" ha de ser determinado a la luz de lo "indebido".

Lo justificado, de acuerdo con el Diccionario de la RAE es aquello "conforme a justicia y razón", lo injustificado es todo lo contrario. Lo "indebido", de acuerdo con el mismo diccionario, es aquello "ilícito, injusto y falta de equidad", de lo que se desprende que lo sancionado es la obtención de un incremento patrimonial relevante ilícito, injusto, falta de equidad, en definitiva, contrario a la justicia.



41°. Que, la legislación entrega criterios respecto de lo que puede ser considerado como un enriquecimiento “justificado” por una parte e “indebido” por otra, en el ámbito de la función pública.

Respecto de lo “justificado”, debe aceptarse que todo incremento patrimonial es lícito, a menos de que se demuestre lo contrario. En el caso de los funcionarios públicos, baste con señalar que tal incremento podría deberse a los ingresos propios de su cargo; a las utilidades que le reporten sus activos; y hasta las remuneraciones que perciba del libre ejercicio de la profesión. Sobre este último punto, debe recordarse que el artículo 56 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece que *“Todos los funcionarios tendrán derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley”*.

Sin embargo, también existen criterios legales y racionales para determinar cuándo un enriquecimiento patrimonial es “indebido” en el ámbito de la función pública. Sin ánimo de taxatividad, es posible considerar el incremento patrimonial como injustificado o indebido si:

- es consecuencia de haberse cometido alguno de los delitos del título quinto del Código Penal, caso en el cual deberá aplicarse la pena asignada al respectivo delito, como se establece en el inciso segundo del artículo 241 bis del Código Penal;

- es consecuencia de haberse cometido un delito contemplado en un título distinto del Código Penal, o en una ley especial, planteándose una hipótesis de concurso;

- si proviene de bienes de origen ilícito (cfr., artículo 27 de la Ley 19.913 que Crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos), planteándose una hipótesis de concurso;

- es consecuencia de un ingreso que el legislador prohíbe respecto de los funcionarios públicos. Más allá de las incompatibilidades del artículo 56 de la Ley 18.575, es posible mencionar como ejemplos el artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales que establece que *“Las funciones judiciales son incompatibles con toda otra remunerada con fondos fiscales o municipales, con excepción de los cargos docentes hasta un límite máximo de doce horas semanales”* y el artículo 10 de la Ley 19.995 que establece que determinados funcionarios públicos *“No podrán, por sí o por interpósita persona, efectuar bajo circunstancia alguna ningún tipo de apuestas en los juegos de azar desarrollados en los casinos de juegos”*.

- finalmente, atendido el carácter residual que la doctrina ha atribuido a este delito, es posible sostener que se configura la obtención de un enriquecimiento patrimonial indebido si es consecuencia de una conducta que no alcanza a satisfacer



a completitud de un tipo penal distinto, particularmente aquellos del título quinto del Código Punitivo.

Lo anteriormente dicho es sin perjuicio de la labor que le corresponderá al juez del fondo para determinar, de acuerdo con el principio de lesividad, si la conducta tiene la aptitud de lesionar los bienes jurídicos protegidos por la norma, cual es, la probidad en el ejercicio de la función pública.

42°. Que, conforme se ha venido razonando, el tipo penal describe adecuadamente el núcleo esencial de la conducta prohibida: la obtención de un incremento patrimonial indebido. La existencia de un elemento normativo del tipo como es la “relevancia” del enriquecimiento apunta a una cuestión ajena al núcleo esencial de la conducta punible, y se trata de un elemento que deberá ser determinado por el juez del fondo considerando la aptitud de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido y atendiendo a las circunstancias que pueden variar casuísticamente (v.gr., cargo y remuneración del funcionario, patrimonio del funcionario, cuantía del enriquecimiento, etc.). Ya hemos dicho que la ley es general y abstracta, y resulta impropio de ella que se haga cargo de todos y cada uno de los casos particulares que ha de regir.

En ese sentido, el hecho de que un tipo penal dé lugar a interpretaciones, en especial cuando contiene elementos valorativos, no lo transforma en uno defectuoso desde el punto de vista de tipicidad. Lo importante es que el tipo penal no dé lugar a cualquier interpretación sino a una razonada de la conducta, es decir, a una en que es posible fijar, fundadamente, un determinado sentido y alcance, aunque existan otros (en ese sentido, STC roles 2530 y 2651).

43°. Que, a mayor abundamiento, los ejemplos que se han planteado en el requerimiento para demostrar la inconstitucionalidad del precepto pueden ser resueltos a través de la teoría general del delito:

- Si el funcionario ve incrementado su patrimonio sin que intervenga su acción o voluntad, dicha situación no resulta punible por falta del primero de los elementos del delito a la luz del artículo 1 del Código Penal: la acción. Tal sería el caso si el enriquecimiento se produce por una acción exclusiva de un tercero, por ejemplo, un pago por error. El caso de recibir una asignación hereditaria no es un buen ejemplo de ausencia de acción, pues el genuino enriquecimiento se produce con la aceptación del asignatario, pero, de cualquier manera, tal conducta no es subsumible dentro del artículo 241 bis del Código Penal y, por lo tanto, no es típica.

- Si el funcionario ve incrementado su patrimonio como consecuencia del ejercicio de una actividad remunerada lícita, o de la rentabilidad de sus activos, tal conducta tampoco es subsumible dentro del artículo 241 bis y, por lo tanto, no es típica.



- Si el funcionario desconocía el carácter indebido de su enriquecimiento, estamos en presencia de un error de tipo o error de prohibición, según la función asignada al elemento de valoración global del hecho.

44°. Que, por lo ya razonado, no se divisa una vaguedad o imprecisión del precepto impugnado que contravenga el mandato de determinación que exige la Constitución al momento de describir la conducta típica en la ley. El precepto resulta inteligible, cierto y determinado para cualquier ciudadano y más aún para un funcionario público o un juez, sujetos respecto de los cuales la ley establece deberes concretos de comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En realidad, la generalidad o abstracción que acusa el requirente es propia del lenguaje que el legislador no está obligado a aclarar, pues *“tampoco debe caer en enumeraciones casuísticas en un afán de mencionar todas las posibles formas de aparición de una situación, pues como normalmente la realidad es mucho más rica que la imaginación del legislador, ello genera lagunas de punibilidad* (Zugaldía, J. 2014, en Zugaldía, J. y Pérez, E. Derecho Penal. Parte general, 2ª ed., Valencia, Tirant lo blanch, p. 256). Esto es particularmente relevante en este caso, pues la exigencia de descripción de todas y cada una de las formas a través de las cuales se puede obtener un enriquecimiento indebido, podría dejar espacios de impunidad en el marco de la lucha contra la corrupción.

En ese sentido, corresponde al juez de fondo, de acuerdo con sus facultades que le son privativas, determinar si los hechos descritos se subsumen el tipo penal aludido, y en esa labor incluso podrá dar una calificación jurídica distinta a aquella contenida en la acusación (artículo 341 del Código Procesal Penal).

45°. Que, sólo a mayor abundamiento, se tiene presente que, al abordar la infracción al *non bis in ídem* o prohibición del doble juzgamiento por la aplicación del artículo 241 bis del Código Penal, el requerimiento efectúa una comparación entre los hechos acusados en sede administrativa con los hechos acusados en sede penal, y en lo que refiere al delito de enriquecimiento ilícito, se efectúa la comparación con los hechos denominados “irregularidades en depósitos de Emilio Elgueta” (fs. 43).

Teniendo en cuenta lo anterior, si el tipo penal fuera de contenido indeterminado, vago o impreciso, de modo tal que no permitiera comprender cuales son los elementos del injusto ni el comportamiento prohibido, el requirente no habría podido identificar conductas concretas a través de las cuales se podría haber obtenido un enriquecimiento relevante e injustificado, como efectivamente hizo.

De esta forma, aparece que es el propio requirente quien, a la luz del artículo 241 bis del Código Penal, identifica conductas concretas que, eventualmente, pueden ser constitutivas del delito en comento, con lo cual no parece atendible que este no pueda identificar qué tipo de conductas resultan prohibidas a la luz del precepto impugnado.

## 5. Sobre la presunción de inocencia





46°. Que, también se alega que el precepto impugnado contraviene la garantía del debido proceso en su manifestación de presunción de inocencia, pues establecería un “delito de sospecha” sancionando un estado de cosas, pero no conductas concretas. Agrega que el inciso tercero del artículo 241 bis sólo sería una “declaración de principios” (fs. 36), pero que en nada desvirtuaría la inversión del *onus probandi* que entraña el precepto impugnado.

47°. Que, si bien el principio de presunción de inocencia no está expresamente consagrado en la Constitución, según la jurisprudencia de esta Magistratura, es deducible del artículo 19 N° 3 inciso séptimo que prohíbe a la ley presumir de derecho la responsabilidad penal, *“en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos legales que regulen o limiten las garantías constitucionales no puedan afectar la esencia de las mismas (rol N° 993, considerando 3°). Agregando que dicho principio es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Carta Fundamental, y del derecho a la defensa efectiva en el marco de un procedimiento justo y racional, en los términos que reconoce y ampara su artículo 19 (Rol N° 825, considerando 24°)”* (STC rol 1518, c. 33°).

En este sentido, esta Magistratura ha indicado que tal principio *“importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones – como las medidas cautelares tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación”* (STC rol 739, c. 8°).

48°. Que, la presunción de inocencia, además de erigirse como un principio informador del proceso penal, en el ámbito procesal, opera como una regla de trato; prueba y juicio.

Es una regla de trato o conducta hacia el imputado, que exige que toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare su culpabilidad.

Es una regla de prueba, de acuerdo con la cual corresponde a la parte acusadora acreditar, suficientemente la existencia del hecho punible y la participación del imputado, quien no debe probar su inocencia (cfr., STC rol 739, c. 8°).

Es, finalmente, una regla de juicio que *“se aplica en el momento de la valoración de la prueba, de modo que si la prueba obrante en autos no resulta concluyente para demostrar la culpabilidad del imputado la duda se resuelva a favor de la inocencia de éste”* (Ferrer, J., 2010, Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia, en Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Vol 4 N°1, pp. 16-17).

49°. Que, no es posible desconocer que el delito de enriquecimiento ilícito, en la fórmula en que ha sido redactado en las Convenciones contra la corrupción, ha sido objeto de cuestionamientos de la doctrina, que ha sostenido que envuelve una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del imputado, pues este se encontraría obligado a aportar prueba de descargo, vulnerando con ello el principio *nemo tenetur*



(en ese sentido, Hernández, H. 2006, El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVII, pp. 194-199).

Sin embargo, no es posible trasladar automáticamente tal crítica a la formulación del tipo penal en la legislación chilena contenido en el artículo 241 bis del Código Penal. Esto, porque el inciso tercero expresamente sostiene que *“La prueba del enriquecimiento injustificado a que se refiere este artículo será siempre de cargo del Ministerio Público”*, con lo cual se descarta que el imputado se encuentre obligado a aportar prueba de descargo, y con ello queda más que claro que no se vulnera la regla de prueba que impone el principio de inocencia.

50°. Que, el requerimiento se estructura sobre la base de que el artículo 241 bis no sanciona una acción u omisión concreta, sino sólo un estado de cosas aparentemente sospechoso. De esta forma, el requerimiento plantea una interpretación que se aleja del sentido literal posible de la norma, en perjuicio del imputado, y que pugna con los principios y garantías constitucionales. Empero, tal interpretación no resulta plausible, pues como ya se ha tenido la oportunidad de explicar, lo sancionado es una conducta concreta consistente en la obtención de un incremento patrimonial indebido.

Por otra parte, la expresión *“injustificado”* es un elemento de alusión a la antijuridicidad que se incorpora al tipo penal, y que debe ser interpretado a la luz de la expresión *“indebido”* del inciso tercero del artículo 241 bis del Código Penal. Tal expresión hace imposible sostener que, en el marco del precepto impugnado, existan enriquecimientos injustificados pero lícitos o enriquecimientos lícitos pero justificados, como plantea el requirente.

En definitiva, la expresión *“incremento patrimonial injustificado”* no puede traducirse en clave de *“incremento patrimonial no justificado en juicio”*, de la manera que entiende el requirente, pues ello no sólo pugna con el principio de presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio, sino que además contraviene el texto expreso del inciso tercero del artículo 241 bis del Código Penal.

51°. Que, por lo demás, debe recordarse que en nuestra tradición jurídica existe un predominio de la idea de que *“lo normal es que los desplazamientos de valor o de cosas (nosotros reemplazamos: las atribuciones patrimoniales) tengan una causa justificante, de modo que quien sostenga lo contrario debe probarlo”* (Peñailillo, D. 2003, Obligaciones. Teoría general y clasificación. La resolución por incumplimiento, Santiago, Editorial Jurídica, pp. 125-126), y el clásico ejemplo de ello se encuentra en el Código Civil, a propósito de las reglas del cuasicontrato del pago de lo no debido, cuando el artículo 2298 de dicho Código señala que *“Si el demandado confiesa el pago, el demandante debe probar que no era debido”*. Y es que si en materia civil corresponde acreditar la falta de justificación del enriquecimiento a quien la alega, con mayor razón debe aceptarse tal regla en sede penal, por exigencia de la presunción de inocencia y, en el caso concreto, por exigencia del texto expreso de la ley.



Podrá alegarse que tal regla se impone en una “prueba diabólica” para la parte acusadora, al encontrarse en la necesidad de acreditar un hecho negativo, pero tal alegación es ajena al conflicto constitucional planteado, al mismo tiempo que tal dificultad probatoria no se traduce en un perjuicio para el imputado. Por lo demás, tal crítica no es del todo certera, porque el Ministerio Público siempre podrá acreditar el hecho positivo contrario, esto es, el origen ilícito del enriquecimiento, o bien podrá desvirtuar todos los orígenes lícitos del incremento patrimonial, de modo que sólo quepa concluir, más allá de toda duda razonable, que tal incremento proviene de orígenes ilícitos.

52°. Que, tal actividad probatoria incumbe únicamente al Ministerio Público, mientras que el imputado es libre para ejercer su derecho a guardar silencio. Como ha señalado la Excm. Corte Suprema *“el que guarda silencio simplemente no dice nada y que de su silencio no cabe extraer conclusión alguna, pues su pasividad sólo puede significar expresión del ejercicio de su derecho -legítimo- a obrar de tal forma, pues no tiene deber jurídico -ni moral- de colaborar con la persecución penal dirigida en su contra, siendo, en consecuencia, obligación de la Fiscalía remover la presunción de inocencia que le asiste”* (Corte Suprema, rol 3521-12, 25 de junio de 2012, c. 15°).

Lo anterior no obsta a que el imputado aporte prueba tendiente a justificar el carácter lícito del incremento patrimonial, pero tal actividad no es necesaria del acusado, sino una actividad libre de este, es decir, existe libertad del acusado para alegar y probar una justificación lícita que difiere de la hipótesis acusadora (en sentido similar razonó el Tribunal Constitucional Español en Sentencia 105/1988 de 8 de junio de 1998).

En este contexto, la falta de justificación del incremento patrimonial por parte del imputado no puede, en caso alguno, suplir la prueba de cargo que incumbe al Ministerio Público. Ahora bien, también se ha dicho que *“el silencio es un contraindicio poderoso cuando las pruebas de cargo que se presentan reclaman una explicación que solo el acusado podría dar, y éste, pudiendo hacerlo, se niega a proporcionarla (test de la explicación). Pero si no se está en esas circunstancias o hay otras explicaciones del silencio (el prudente asesoramiento del abogado, por ejemplo) ninguna consecuencia negativa puede extraerse de él”* (Sentencia del Tribunal Supremo Español 298/2020 de 11 de junio de 2020). Tal es la célebre “doctrina Murray” sustentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando sostuvo que *“El Tribunal no puede establecer como conclusión la culpabilidad del detenido simplemente porque éste ha decidido guardar silencio. Únicamente en el caso de que las pruebas a cargo «supongan» una explicación que el acusado debería estar en medida de ofrecer, cuando la ausencia de explicación «puede permitir concluir, según un razonamiento en el buen sentido, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable»”* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso John Murray contra Reino Unido, Sentencia de 8 de febrero de 1996).

53°. Que, en definitiva, no existe una contravención al debido proceso, ni tampoco a la presunción de inocencia, pues corresponde siempre al Ministerio Público



aportar prueba de cargo tendiente a derribar tal presunción, de modo tal que un tribunal independiente e imparcial determine, más allá de toda duda razonable, que el imputado es culpable del delito que se le imputa. Mientras eso no ocurra, el imputado será tratado como inocente, no siendo impedimento para ello el precepto impugnado.

Por lo demás, como esta Magistratura ha señalado “el Código Procesal Penal ha conjurado el peligro de amenazas a la presunción de inocencia. En su diseño, el órgano persecutor está siempre obligado a probar todos los elementos de la imputación criminal. Cuestión diversa es si el Ministerio Público o el órgano judicial cumple debidamente con el cometido que le ha encargado el legislador, materia que, según lo asentado por este sentenciador, no corresponde que sea analizada en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad” (STC rol 1443, c. 48°).

54°. Que, por los motivos que anteceden, hemos arribado a la conclusión de que el artículo 241 bis del Código Penal se sujeta a la Constitución chilena y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, en los términos exigidos por las Convenciones contra la corrupción suscritas por el Estado. Asimismo, hemos concluido que la eventual aplicación del precepto impugnado, en la gestión pendiente, no produce efectos contrarios a la Constitución, razón por la cual el requerimiento de inaplicabilidad debe rechazarse.

### VOTO POR ACOGER

**Los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, y la Ministra señora DANIELA MARZI MUÑOZ,** estuvieron por **acoger** la acción deducida a fojas 1, por las siguientes razones:

#### **I.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL**

1.- Que el dilema deducido consistente en la aplicación del precepto legal impugnado, importaría la vulneración al principio de tipicidad, en la medida que la norma no describiría un comportamiento concreto. Además, al invertir la carga de la prueba, la norma afectaría la presunción de inocencia. Finalmente, se observa una infracción al principio del ne bis in ídem, por haber sido objeto de una investigación administrativa por los mismos hechos que sirven de fundamento a la pretensión de la acusación del Ministerio Público.

#### **II.- CRITERIOS INTERPRETATIVOS**

2.- Es relevante tener presente que el significado de una formulación normativa está determinado por el significado de las palabras que la integran y por el



orden sintáctico en el que ellas están dispuestas. En numerosas ocasiones, las palabras usadas en formulaciones normativas plantean problemas en relación a la determinación de su significado; en otras, su incidencia es el vínculo sintáctico entre los términos de la formulación lo cual da lugar a equívocos. De allí se sigue que no siempre es fácil precisar cuál es la norma expresada por la formulación normativa.

Dentro de la esfera del derecho, tener dudas de interpretación acerca del significado de una formulación normativa supone una falta de certeza acerca de la identificación de la norma expresada por esa hipótesis normativa, es decir, acerca de las soluciones provistas por el sistema jurídico para ciertos casos, no sólo se vincula un tema interpretativo, sino también un problema constitucional, al afectar normas y principios de naturaleza eminentemente constitucional en sus efectos.

3.- La indeterminación: es una problemática que se presenta en la interpretación constitucional de formulaciones normativas. La indeterminación nace de cierta falta de información acerca de cuestiones relevantes relativas al contenido significativo de la formulación interpretada, como sobre la individualización del sujeto destinatario, la especificación de la ocasión en que debe ejecutarse la acción regulada o alguna otra circunstancia similar. Para determinar adecuadamente el significado de una formulación normativa, el intérprete constitucional necesita cierta cantidad de datos, que no siempre se hallan disponibles. Es importante considerar que una misma formulación puede resultar indeterminada para un intérprete y no para otro, así como una misma formulación puede resultar indeterminada para un intérprete en un momento dado y determinada en otro. Lo que en tal aspecto marca la distinción es la cantidad de datos disponibles al alcance del intérprete de la Constitución para la individualización del significado.

Por ejemplo, la Constitución española de 1978 prevé expresamente, en su artículo 18.2, tres supuestos de entrada legítima en el domicilio: el consentimiento del titular, la comisión de delito flagrante y la autorización judicial.

La doctrina y la jurisprudencia moderna han debatido si la lista considerada contiene todos los supuestos admisibles. En respuesta, se ha dicho que ni siquiera esa enumeración, en principio taxativa, puede considerarse completa, pues a los supuestos citados es preciso añadir, en todo caso, el de fuerza mayor o estado de necesidad, que constituye otro supuesto de entrada en el domicilio.

### III.- PRETENSIÓN DEL ACTOR CONSTITUCIONAL

#### 4.- Tipicidad penal

La garantía constitucional de legalidad de los delitos en su manifestación de *lex certa* (tipicidad penal). Señala el requirente que el artículo 241 bis del Código Penal es un tipo penal abierto en sentido estricto que no describe ningún comportamiento concreto, se trataría más bien de un delito de sospecha, esto es, un estado de cosas que



da cuenta del indicio de comisión de un ilícito pero que no se trataría de un hecho o un acto, es decir, no se trataría de una conducta en los términos que lo exige el artículo 19, N° 3 inciso noveno, de la Constitución, que consagra el principio de responsabilidad personal por el hecho propio, no por la sospecha ni por el indicio de comisión de un acto ilícito. La vulneración al Derecho Penal de acto y el establecimiento del principio de responsabilidad por el hecho propio constituyen uno de los pilares sobre los cuales se construye el sistema penal de un Estado democrático de Derecho, en contraste con lo que ocurre en un Estado totalitario donde la pena se fundamenta no en una conducta sino en la personalidad asocial del autor, que da pie al castigo del mero indicio o la sospecha de la comisión de un acto ilícito que, como señala Cobo del Rosal y Vives Antón son casos en los que se socava el “entramado básico del Derecho penal moderno. Se trata de un arcaísmo intolerable en el estado actual de la conciencia jurídica”, que lesionan el principio de legalidad desde el momento en que los textos constitucionales exigen que la pena sea la consecuencia de un comportamiento y no de una sospecha o indicio de la comisión de un hecho y, también, contravienen la presunción de inocencia y, por ende, el debido proceso legal.

#### **5.- Presunción de inocencia**

Por su parte, el resguardo del debido proceso en su expresión como presunción de inocencia. En efecto el precepto del artículo 241 bis del Código Penal sería una norma que vulnera el principio del debido proceso en su dimensión sustantiva, en la medida que establece un delito de sospecha. Así, el derecho constitucional a la presunción de inocencia no quedaría delimitado solo con la dimensión procesal sino también requiere de una dimensión sustantiva donde se presenta como un límite al ejercicio del poder de establecer delitos por parte del legislador, toda vez que la pena supondría una limitación del derecho a la libertad que solo puede ser justificada en un Estado democrático de Derecho, si aquello que se sanciona es un comportamiento entendido como una acción u omisión concreta y no un estado de cosas o una situación que se infiere o se deduce. En consecuencia, la presunción de inocencia tendría una dimensión como principio formador del derecho penal sustantivo donde quedan vedados los tipos penales que suponen el castigo o sanción de presunciones de la ocurrencia de determinados hechos o sospechas o indicios de culpabilidad.

#### **6.- *Ne bis in idem***

La requirente argumenta que se señaló por el persecutor que “como consecuencia de las conductas ilícitas realizadas por el imputado Emilio Iván Elgueta Torres y del análisis de la totalidad de movimientos y operaciones que registran sus Cartolas Bancarias, durante el periodo comprendido entre los años 2016 a 2018, en el ejercicio de su cargo como Ministro de la Corte de Apelaciones de Rancagua, éste



obtuvo un incremento patrimonial relevante e injustificado, cometido en la comuna de Rancagua, ascendente a la suma de \$28.528.990 pesos.”

Agrega, que, si bien esta imputación en sede administrativa fue desestimada, casi en su totalidad, siendo absuelto de los cargos formulados (salvo los relacionados con el Magistrado Libretti, en causa administrativa AD-1942-2018), la persecución penal importaría una afectación al principio de ne bis in ídem, dado que ya habría sido investigado en la sede administrativa, alcanzando a los estándares de doble punición.

#### IV.- PRINCIPIO DE TIPICIDAD PENAL

7.- Se entiende por este principio dos mandatos, el de taxatividad (o de determinación), el cual supone que el legislador debe esforzarse en la medida de lo posible en describir tipos penales de forma concreta, clara, precisa e inteligible. Y un segundo aspecto, que el mandato de determinación sea lo suficientemente claro para evitar interpretaciones ambiguas e injustificadas.

8.- El principio de taxatividad exige la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales. Esta exigencia suele ser entendida en, al menos, dos sentidos: a). Una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y b). Una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos.

Sin embargo, en la discusión actual hay perfecta consciencia de que la vaguedad de los conceptos, la indeterminación semántica, es un rasgo ineliminable de nuestros conceptos generales. Y esto es así por, al menos, dos razones: en primer lugar, porque siempre pueden aparecer casos marginales de la aplicación de un concepto general (¿cuántos cabellos son necesarios para que alguien no pueda ser denominado “calvo”?, ¿cuántos granos de arena hacen un montón de arena?, ¿cuántos euros hacen a una persona rica?, etc.), siempre pueden aparecer determinados casos individuales en los que tenemos dudas acerca de si son o no instancias del concepto. En palabras de H.L.A. Hart: “Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales” (José Juan Moreso, Principio de Legalidad y causas de justificación. Sobre el alcance de la taxatividad, en obra colectiva en estudios en “Estudios de filosofía del derecho penal”, Editores Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Primera edición, diciembre de 2006, Bogotá-Colombia, p.397-421).

9.- La vaguedad potencial o la textura abierta del lenguaje inciden en la determinación de los conceptos contenidos en las disposiciones penales, lo cual



constituye una cuestión de grado y configura el grado de exigibilidad, el umbral mínimo, el cual depende en gran medida de la justificación de la taxatividad como elemento propio e inserto en el principio de legalidad. Es tal que el uso de conceptos descriptivos en la formulación de las normas penales permite la formulación de proposiciones descriptivas relativas a esas normas penales, afectando aquellas que son aptas para la verdad y la falsedad de la figura delictiva en cuestión.

El principio de taxatividad exige un determinado grado de precisión o de determinación semántica, puesto que la precisión nunca podrá ser absoluta, tanto más que el estándar de precisión donde debemos situar el umbral de taxatividad admisible, incluso constitucionalmente admisible (Lon Fuller. *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, cap. II), depende del concepto de taxatividad aplicable y su justificación. En el fondo, estamos en presencia de un problema de sobreinclusión en el Derecho penal. La incorporación de nuevos tipos penales, tal como sucede en la especie en el caso concreto, a menudo incurren en el peligro de utilizar nuevos delitos ampliamente determinados y el peligro proviene del hecho que pueden incluirse en los supuestos de hecho de dichos delitos comportamientos no abarcados en su razón justificante.

Ya con antelación Roxin (*Derecho Penal. Parte General, Tomo I, p.286*) expresaba que: “A partir de esos principios rectores [la ponderación de bienes, la autoprotección, etc.], para la aplicación del Derecho no se trata de subsumir como se hace en los elementos del tipo, sino que hay que desarrollar los principios concretándolos en la materia jurídica. Por eso, en las causas de justificación la interpretación correspondiente al principio *nullum crimen* no está vinculada al límite del tenor literal, sino sólo a los principios ordenados inmanentes a las respectivas causas de justificación”.

Las causas de justificación solo suministran pautas generales con las cuales el juez debe construir – para el caso concreto – un conjunto de reglas que destaquen que propiedades relevantes hacen aplicable o no aplicable las causas o la causa de justificación. En otras palabras, su decisión debe ser consistente con las decisiones del pasado y con las que se van a tomar en el futuro.

El objetivo del principio de taxatividad es reducir el alcance de este, a fin de poder excluir de los comportamientos punibles, aquellos que caen más allá de las razones justificantes. Por último, en relación a este tópico, el alcance del principio de taxatividad respecto de la justificación consiste en el caso de la formulación de los tipos penales, la precisión puede producir un cierto grado de infrainclusión, esto es, de casos abarcados por la razón justificante que la regla no abarca, pero esto nunca puede implicar que el Derecho penal acceda a razones subyacentes, pues en tal evento la consistencia de sus decisiones y principalmente en su toma de decisiones puedan interpretarse extensivamente.





## V.- PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

10.- Establece un verdadero estado de inocencia, consistente en que no puede estimarse o presumirse la culpabilidad de un sujeto jurídico o persona, sino hasta que se encuentre condenado mediante sentencia ejecutoriada. Dice también relación con aquella condición probatoria que establece que nadie, en materia penal, está obligado a probar su inocencia, de forma tal, que la carga de la prueba compete al órgano persecutor y acusador, sin perjuicio que en determinadas circunstancias existan presunciones de carácter legal que justifiquen atemperar la carga de la prueba en perjuicio del imputado, esto es, en aquellos casos en que existan indicios en contra del inculpado.

11.- La razón es que siempre se busca lo razonable en el proceso, tanto en la valoración probatoria como argumentación jurídica, de modo que lo que exponga el juez como razonable no va a tener otro condicionamiento que el que resulte del método propuesto por el propio estándar de prueba considerado. Ni siquiera diciéndose “más allá de toda duda razonable” se obtiene algo de mayor valor, porque cualquier duda razonable que haya sido excluida precisamente por no serlo, se situará más allá de lo razonable. Se crea así una obvia tautología que hace que los términos “más allá” sean solamente una expresión enfática, una simple forma de subrayar la correcta labor judicial y que, como ya se dijo, adquiere todo su sentido cuando se trata de impresionar a jurados.

12.- La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha discurrido normalmente por un camino próximo al tradicional reconocimiento de la presunción de inocencia como norma de carga de la prueba, insistiendo en el derecho al silencio y a no aportar pruebas contra uno mismo. Estas últimas son, en el fondo, derivaciones de esa visión de la presunción de inocencia como *onus probandi*.

Sin embargo, también ha abierto el Alto Tribunal otra dirección que es más próxima a la línea defendida en este trabajo, y que trasciende del ámbito estrictamente técnico-procesal, para situarse en un terreno social que puede llegar a influir, como ya se ha indicado, en la imparcialidad jurídica o incluso en otras consideraciones extraprocesales (Christos Mylonopoulos, Problemas contemporáneos del Derecho penal internacional, InDret, Barcelona, octubre 2015, pp. 14,15, 17 y 18).

## VI.- PRINCIPIO NE BIS IN IDEM

13.- Este principio conocido también como non bis in ídem, es la doble sanción por el mismo hecho, adquiriendo una faz eminentemente procesal y es que en ningún caso resulta permitido la doble valoración de uno o más hechos delictivos en sendos procesos de igual naturaleza. Una adecuada caracterización de dicho principio es la noción de doble valoración, lo que lleva bajo la premisa de una duplicidad de sanciones por un mismo hecho, lo cual atentaría contra la lógica de la única necesidad



de una sola pena por el atentado a un bien jurídico, y de duplicidad de sanciones, cuando se afecta más de un bien jurídico.

14.- No es posible dimensionar el principio *ne bis in ídem* material por concurrencia de pena y sanción administrativa sin tomar partido por alguna de las tesis de diferenciación entre el delito y la infracción administrativa, pues resulta imprescindible determinar si el fundamento de la pena es el mismo que el fundamento de la sanción administrativa concurrente. “En este orden de ideas, considero que lo que media entre ambos injustos es una diferencia de carácter cualitativo, lo que conlleva indefectiblemente fundamentos distintos en su imposición. Esto no significa, sin embargo, que nunca se presentará una situación de *ne bis in ídem* si es que, por un mismo hecho, se impone a un mismo sujeto una pena y una sanción administrativa”. (Percy García Cavero, Universidad de Piura, “El principio del *ne bis in ídem* material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa”. Polít. Crim. Vol. 11, N°21 (Julio 2016), Art. 2, pp. 21-33. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_21/Vol11N21A2.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A2.pdf)].

15.- El principio por el cual por un mismo hecho delictivo el responsable no puede sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, conocido como *ne bis in ídem* es base esencial de todo ordenamiento penal democrático. Dicha interdicción del juzgamiento y la sanción se sustentan en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad. Su fundamento constitucional emana de la dignidad personal y del respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Su transgresión constituye un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos. (STC 2045 c. 4) (En el mismo sentido, STC 2773 c. 31, STC 2896 cc. 4 y 14, STC 3000 c. 7, STC 3058 c. 46, STC 4795 c. 46, STC 4381 c. 52).

Que, teniendo en consideración lo señalado precedentemente, para que resulte aplicable el principio del *ne bis in ídem*, se debe verificar la triple identidad de sujeto, hecho y fin. Es decir, no basta la unidad de conducta para aplicar el principio en estudio, por lo que reviste la máxima relevancia, atender al fin de la norma, que indudablemente se relaciona con el bien jurídico que se encuentra amparado por aquella.

## VII.- HISTORIA DE LA LEY. POSICIONES CONTRADICTORIAS

16.- El artículo 241 Bis del Código Penal, fue introducido por la Ley 10.008, que estableció como obligatoria la declaración jurada patrimonial de bienes a las autoridades que ejercen una función pública. Para darle eficacia al proyecto, en el Informe de Comisión de Constitución del Segundo Trámite Constitucional, el entonces Senador Viera Gallo señaló que: “(...) para que este proyecto sea eficaz, debe incluir la tipificación y castigo del delito de enriquecimiento ilícito, con lo cual se cumpliría, además, el compromiso contraído al suscribir la Convención



Interamericana contra la Corrupción, de 1996, promulgada por decreto N°1.879, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1998, publicada en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999.”

En sendo informe de la Comisión de Constitución del Senado, se manifestaron las preocupaciones de los señores Senadores (en cuanto a la necesidad de una norma) y, del Ministro de la SEGPRES (en cuanto a su inutilidad):

*“El Senador Espina llamó a tener en cuenta la ley N°19.645, de 1999, que insertó o modificó en el Código Penal normas que castigan el tráfico de influencia, la negociación incompañable y el uso de información privilegiada. En el debate se sostuvo que es evidente que quien tiene un aumento de patrimonio legítimo tiene los medios para probarlo. Agregó que el precepto debe ser corregido, para que no constituya una ley penal en blanco. En tal sentido, por ejemplo, habrá que omitir la frase que alude al incremento patrimonial producido una vez concluido el ejercicio del cargo público. Además, debe acotarse la pena accesoria de inhabilitación, porque no es razonable ni proporcionado imponer castigos que duran toda la vida del afectado, cuando la principal es pecuniaria o temporal, y porque con ello no se alcanza uno de los objetivos de la sanción penal, que es la rehabilitación del delincuente.*

*El Ministro Secretario General de la Presidencia de la época manifestó que el Ejecutivo no es partidario de incluir en este proyecto y en esta instancia una definición del delito de enriquecimiento ilícito. Declaró que en la legislación comparada esta figura es de escasa aplicación y ha resultado ineficaz en la mayoría de los casos. Además, dijo, las propuestas de redacción traídas al debate contrarían el principio constitucional de presunción de inocencia, puesto que obligan al imputado a acreditar que su enriquecimiento ha sido obtenido por medios lícitos.*

*Desde otro punto de vista, argumentó que la consagración legal de este delito puede distraer o hacer inútil la investigación por el Ministerio Público de delitos de mayor gravedad e, incluso de mayores consecuencias económicas. Afirmó que el Ejecutivo está dispuesto a legislar sobre este tópico, pero en una iniciativa de ley específica, estudiada con la profundidad y detenimiento que él exige.*

*El Senador Fernández apuntó que la carga de la prueba de la ilicitud del enriquecimiento de una autoridad o funcionario perseguidos por este delito debería recaer siempre en el Ministerio Público.*

*El Senador Viera-Gallo observó que la prueba de la participación culpable en los delitos funcionarios es particularmente difícil. En cambio, si se acredita el delito de enriquecimiento ilícito, para lo cual es sumamente útil la comparación de las declaraciones de patrimonio, se podrá imponer al autor la más dolorosa de las sanciones, cual es despojarlo de lo que obtuvo por medios torcidos.*

*El Senador Andrés Zaldívar, sostuvo que la figura penal contenida en la indicación no rompe el principio de presunción de inocencia, el cual conserva plena vigencia, ya que es el Ministerio Público quien deberá probar que el incremento patrimonial es ilícito y no será el*



*funcionario quien deba acreditar que lo ha obtenido legítimamente, porque éste es el orden de cosas normal y lo que se debe probar es lo que se aparta de ese orden.”*

17.- En la misma Comisión de Constitución, antes referida, manifestó su opinión el profesor Juan Domingo Acosta, quien elaboró una propuesta de redacción de la norma, que fue propuesta como indicación al proyecto:

*“Con algunos ajustes formales, ella concitó la aprobación unánime de la Comisión, cuyos miembros la suscribieron formalmente como indicación. Esta modificación se hizo en virtud de lo dispuesto en el artículo 121 del Reglamento del Senado.*

*El precepto que se propone en el artículo 12 del proyecto que se inscribe más adelante inserta en el Código Penal un artículo 241 bis, nuevo, que sanciona al empleado público que, durante el ejercicio de su cargo, obtiene un incremento patrimonial y no puede acreditar que su origen es legítimo. La sanción que se impone al hecho es una multa equivalente al monto del incremento patrimonial no justificado e inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.*

*El carácter residual del tipo está dado por el inciso segundo de la norma, conforme al cual la disposición sobre enriquecimiento ilícito no se aplicará si la conducta del delincuente constituye alguno de los delitos descritos en el Título V, relativo a crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, eventualidad en la cual se aplicará la sanción prevista en la ley para el delito que se haya configurado. El inciso tercero materializa la voluntad de que la prueba del enriquecimiento ilícito será siempre de cargo del Ministerio Público, lo que salva cualquier reparo vinculado con el principio de presunción de inocencia.*

*Por último, el inciso final reitera, para este caso particular, la regla según la cual, si el empleado denunciado o querellado por el delito de que se trata es absuelto o sobreesido definitivamente por las causales a) o b) del artículo 250 del Código Procesal Penal, podrá demandar al denunciante o querellante para que le indemnice los perjuicios, lo que no obsta a que se haga efectiva la responsabilidad penal de estos últimos por el delito de acusación o denuncia calumniosa, tipificado en el artículo 211 del Código Penal”.*

18.- En la discusión en Sala (Tercer Trámite Constitucional) en la Cámara de Diputados, el Diputado Bustos, sostuvo su preocupación respecto de la indicación contenida en el artículo 12 del proyecto:

*“Hay una segunda disposición, que también es discutible: el artículo 12, que incorpora el artículo 241 bis, al final párrafo 6 del título V, del Libro Segundo del Código Penal. Al respecto, es cierto que, en casi todos los países latinoamericanos, entre ellos, Argentina y Perú, y los europeos, como España y Alemania, han legislado sobre el enriquecimiento ilícito. Sin embargo, este tipo ha sido objeto, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, de fuertes críticas y motivos de discusión debido a la forma en que se ha redactado en las legislaciones penales, lo que ha obligado a introducir modificaciones para lograr una adecuación al debido proceso.*



Esta norma penal además acarrea “**problemas de carácter procesal, en el derecho comparado, al invertir el peso de la prueba**”. En el caso nuestro se afecta el principio del debido proceso y el derecho a la defensa jurídica que establece el artículo 19, número 3°, de la Constitución Política de la República, y se viola el pacto interamericano de San José de Costa Rica, ya que la inversión del peso de la prueba resulta determinante en un justo y racional juzgamiento. Más aún, no se entiende, como bien dijo el diputado Jorge Burgos, que, por una parte, sea el imputado el que deba probar y, por otra, que sea el Ministerio Público. Es decir, no hay acuerdo respecto de quien lo debe hacer.

Es posible crear una regla sobre el enriquecimiento ilícito. En Perú se encontró una fórmula que respeta las reglas del debido proceso y establece una disposición penal de carácter residual, situación también controvertida.

19.- El texto del proyecto señaló que la disposición es residual, porque sólo se hará efectiva cuando no se aplique otra, que seguramente es la que siempre se usará, ya sea por tráfico de influencias, por cohecho, etcétera. Por lo tanto, esa disposición es la “alternativa” para cuando no se pueda aplicar ninguna de las otras disposiciones en relación con la corrupción.

Es bueno tener una norma residual, pero que se atenga a los tratados internacionales en relación con el debido proceso y al derecho a la defensa que tiene toda persona, se aseveró en la discusión parlamentaria.

Finalmente, en la Comisión Mixta se aprobó la norma: “El Diputado señor Burgos expresó estar de acuerdo, en principio, con el establecimiento de una figura penal de este tipo, pero propuso revisar su redacción para salvar la incoherencia que se detecta en los incisos primero y tercero. En efecto, el primero obliga al funcionario o autoridad denunciado o querrellado a probar el origen legítimo de su incremento patrimonial, en tanto que el tercero dispone que la prueba será siempre de cargo del Ministerio Público. Declaró que, tal vez, la presente iniciativa legal no sea la oportunidad ni el escenario adecuado para legislar sobre este punto.

El fallecido Diputado Bustos y gran penalista agregó que el delito de enriquecimiento ilícito ha resultado inaplicable en la mayor parte de las legislaciones que lo han establecido, o bien se ha prestado para cometer abusos.

La Diputada Soto advirtió que la expresión “enriquecimiento patrimonial”, sin ningún parámetro ni circunstancia calificatoria, resulta extremadamente vaga, aspecto que también fue tenido en cuenta por la Cámara de Diputados para el rechazo de este artículo incluido por el Senado.

El Senador Zaldívar, don Andrés, recalcó que el tipo definido por el Senado es residual y que la sanción es una multa equivalente al enriquecimiento indebido.



El Senador Espina declaró que la norma, aunque está mal estructurada, es necesaria, por lo que llamó a pronunciarse en esta oportunidad sobre ella, introduciéndole las correcciones que sean necesarias.

El Diputado Uriarte propuso agregar, a continuación de la expresión “incremento patrimonial”, los términos “relevante e injustificado”. Además, sugirió eliminar la frase “sin que pueda acreditar su origen legítimo”, con lo que se salvan los reparos manifestados.”

## VIII.- EXPLICITACIÓN DE CRITERIO SOBRE CATEGORÍAS CONSTITUCIONALES

### A.- Indeterminismo jurídico y vaguedad

20.- La noción de indeterminismo se asocia con la idea general de la falta de capacidad de control del significado lingüístico, lo cual se alimenta de una especie de escepticismo semántico. Las razones por las cuales se habla de indeterminismo jurídico en general obedecen a que las razones de la decisión judicial carecen de justificación, concediéndose importancia relevante al argumento semántico en el marco de la justificación externa de las razones que conducen a la decisión. Ello es considerado el indeterminismo de la justificación. A lo mínimo, existe una duda al respecto.

La expresión posible del sentido de las palabras ha sido objeto de fuerte crítica por la doctrina. Las palabras poseen un significado sólo en un determinado contexto de actos del lenguaje, por eso no se trata de orientarse en un posible significado léxico, sino del significado actual de las palabras en el texto de la ley (esencia de lo normativo).

21.- Es relevante aclarar las estructuras conceptuales del uso del lenguaje. En la filosofía analítica que corre en la actualidad existen dos corrientes fundamentales: el naturalismo y el normativismo. La disputa se centra entre ambas en el campo de la semántica como en el aspecto del concepto de Derecho. Así, por un lado, Quine escribió sobre el escepticismo entre las oraciones empíricas y no empíricas, entre oraciones analíticas y no analíticas, calificándolas que su diferencia estaba en cuestiones de grado y no de cualificación diferente. El normativismo experimentó un fuerte desarrollo a partir de la obra de Robert Brandom, “Hacerlo explícito” (1999), expresando que la tarea central de la filosofía del significado era un aspecto normativo.

Luego vino Kripke, quien fijó un nuevo parámetro de cómo debía entenderse la normatividad a partir del significado lingüístico. Donde la paradoja central del significado lingüístico es la cuestión de cómo es posible que la práctica lingüística se encuentre sometida a normas semánticas que ella misma ha desarrollado. Por tanto, es clarificador cuando: “Se afirma que, para Wittgenstein, una teoría del significado



no puede partir de la objetividad y de la normatividad. El lenguaje es controlado ya sea por reglas de una comunidad, ya sea por referencia. Debido a que las reglas no están fijadas previamente, sino que surgen al tenor de la práctica lingüística, esas reglas no pueden establecer límites a esas prácticas. Esta paradoja acerca de la posibilidad de límites del significado es utilizada por la teoría estructurante del derecho para deconstruir el límite del tenor literal. A esta tesis se opondrá aquí una teoría integradora del significado que se basa en una teoría del uso del lenguaje al tiempo que acepta la normatividad y la objetividad” (Wittgenstein, Ludwig, 1953, *Philosophical Investigation*, New York, p.67).

**22.-** En definitiva, en este acápite, el desarrollo de una nueva teoría de los límites semánticos, instancia de la cual parte de los conceptos de significados elaborados conduce al problema de los límites del tenor literal como lo plantea Robert Brandom en su teoría deóntica del problema, lo cual remata en las consecuencias de la objetividad de las decisiones judiciales.

Vinculado a la vaguedad que conceptualmente incide en la semántica, igualmente podemos incluirla dentro de las tesis del indeterminismo. Por ejemplo, podemos expresar de manera general que las expresiones lingüísticas son vagas, en casos límites, no son ni verdaderas ni falsas. El ámbito de la vaguedad está fijado con las paradojas de sorites. El origen griego (Zenón) está basado en el principio que una clasificación conceptual reconocida que es confrontada con un continuo se hace imposible. El segundo contexto de importancia es la denominada vaguedad de los parecidos de familia, formulada por Wittgenstein. Consiste en el significado de predicados complejos que no son afirmados usando un catálogo de características necesarias y suficientes, sino que sólo son afirmados en razón a sus similitudes con otros predicados complejos.

La vaguedad semántica tiene diversas explicaciones en la teoría, de forma que, no obstante, continúa siendo cierto que los límites semánticos de algunos conceptos no son aclarados ni a través de las características del mundo objetivo, ni a través de normas explícitas o implícitas. Por tal razón, las teorías epistémicas y ontológicas pueden ser usadas con el objeto de proveer explicaciones complementarias, pero no explican el problema de la vaguedad en sí misma, la cual consiste de forma específica de la necesaria concurrencia de una teoría semántica la cual difiere en virtud de que ellas consideran el lenguaje y no la referencia de los objetos como aquellos que causa la vaguedad. Surge aquí una explicación de que la vaguedad respecto del nivel del lenguaje objeto, es suficiente para llevar a cabo modificaciones y se introduce un metalenguaje bivalente con el fin de describir el lenguaje objeto no valente: la vaguedad de acuerdo a estos postulados puede ser descrita a través de los atributos y modelos de la lógica clásica.

**23.-** La equidad de los textos normativos impone distinguir cuidadosamente entre los enunciados normativos formulados en las fuentes del derecho – las “disposiciones”, como se suele decir – y las normas entendidas como significados:



entre las dos cosas, en efecto, no se da una correspondencia biunívoca. Ello se debe principalmente a tres razones.

i) Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente.

ii) Muchos enunciados normativos (quizás todos los enunciados normativos) tienen un contenido de sentido complejo: expresan y/o implican una pluralidad de normas conjuntamente.

iii) Además, según el sentido común de los juristas, todo sistema jurídico está lleno de normas “implícitas”, es decir, normas que no se corresponden con ningún enunciado normativo ya que no han sido formuladas por ninguna autoridad normativa (muchos de los “principios generales del derecho” pertenecen a esta categoría) (Riccardo Guastini, *La síntesis del derecho*, Marcial Pons, 2016, Madrid, p.337).

24.- Toda construcción dogmática es una matriz de normas “no expresas”, que son presentadas como implícitas en el ordenamiento, aunque no hayan sido formuladas por ninguna autoridad normativa, sino que son elaboradas por los intérpretes por medio de diferentes procedimientos argumentativos no rigurosamente (Guastini, *op.cit.*, p. 339).

## IX.- INDETERMINACIÓN Y VAGUEDAD

25.- La verdad del indeterminismo con relación al derecho presupone: i) que “los hechos” que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas depende del lenguaje. ii) que la vaguedad es un rasgo e **inerradicable** del lenguaje y iii) la vaguedad del lenguaje es un problema semántico.

Si se asume que la realidad jurídica depende de normas y principios, y que estos son el significado de un conjunto denunciados, entonces es verdad: los hechos que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas dependen del lenguaje.

26.- La indeterminación semántica de un lenguaje natural no puede eludirse recurriendo criterios generales que a su vez se expresen mediante un lenguaje natural. Sólo puede solucionarse ante un caso concreto mediante una decisión discrecional que incorpora un nuevo criterio para su uso. Asimismo, siempre es posible plantear un caso novedoso que ponga en duda la aplicación de un predicado hasta ahora preciso. Por estas razones es verdad: la vaguedad es un rasgo inerradicable del lenguaje.

Las dudas en la aplicación de un concepto vago no se basan en un problema de ignorancia o falta de información. La única forma de entender la vaguedad como un problema epistémico es admitiendo que los conceptos genéricos del derecho hacen referencia a clases o universales trascendentes al lenguaje. Esto implica asumir un realismo metafísico respecto de las entidades jurídicas. Si se rechaza el realismo metafísico no parece plausible caracterizar la vaguedad como una dificultad





epistémica, sino como una indeterminación en el significado del término. Consecuentemente, puede aceptarse la vaguedad del lenguaje es un verdadero problema semántico.

27.- En la identificación del derecho es plausible distinguir la dificultad generada por la vaguedad, de los restantes problemas que se estudian bajo el rótulo de “casos difíciles” (lagunas normativas, contradicciones, conflictos axiológicos). Sólo el primer tipo de dificultad implica la tesis indeterminista.

28.- La vaguedad de segundo orden muestra que los límites entre un caso claro y un caso de penumbra están, a su vez indeterminados. A su vez, el razonamiento sorites muestra un problema en la justificación de cualquier límite que intente imponerse entre un caso claro y uno de penumbra. No obstante, ni la vaguedad de segundo orden, ni sorites muestran que el lenguaje esté radicalmente indeterminado.

La indeterminación del lenguaje podría ser radical. Pero, para que una norma exista, al menos un caso genérico tiene que estar determinado por ella. Lo cual significa que tiene que existir una clasificación entre casos claros y casos de penumbra. No significa que dicha clasificación esté justificada y/o sea inalterable .

#### X.- JURISPRUDENCIA

29.- Que la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 241 bis del Código Penal, introducido por la Ley N°20.088 – sobre la obligación de Declaración Jurada Patrimonial de las Autoridades Públicas –, sanciona al empleado público que obtiene aumentos patrimoniales injustificados prevaliéndose de su condición. Su *ratio legis* es hacer frente a la corrupción administrativa mediante un tipo especial que permita llegar donde no lo hacen los tipos clásicos que reprimen la obtención indebida de beneficios económicos en el ejercicio de un cargo público, terminando así con la ausencia de figuras que sancionen conductas que no se encontraban especialmente consagradas, es decir, reprime comportamientos que con anterioridad a su establecimiento eran impunes. En efecto, se trata de un tipo penal que abarca toda forma de enriquecimiento ilícito que no se encuentra especialmente tipificado en la ley, teniendo un carácter eminentemente residual, por cuanto si puede acreditarse el origen ilícito del incremento patrimonial, recibirá aplicación preferente el delito específicamente cometido. Esto lo que corrobora la historia fidedigna del establecimiento de la ley y el inciso 2° de la disposición precitada, que ordena no castigar por delito si la conducta constituye por si misma alguno de los ilícitos descritos en el Título V del Libro Segundo del Código Penal, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito. (Corte Suprema, 7/04/2009, Rol N°2843-2008, cita online: CL/JUR/7935/2009. Código Penal, Sistematizado con Jurisprudencia. Ed. Thomson Reuters, Santiago, Chile, p.491-492)

30.- Que resulta propia de una inferencia que en los términos expuestos la conducta con carácter residual penada requiere explicitar la conducta (tipo penal) y



además la conducta aún en el evento de indefinición de esta, puede tener la variable de que constituya otro ilícito de los descritos en el Título V del Libro Segundo del Código Penal.

#### XI.- RAZONES PARA ACOGER

31.- Hasta su inclusión en el Código Penal por la Ley N°20.088 – promulgada con fecha 27 de diciembre de 2005, publicada con fecha 5 de enero de 2006 – nuestros legisladores no habían sucumbido aún a la tentación de introducir en la legislación un tipo penal de “enriquecimiento ilícito”, o sea, de tipificar como delito la incapacidad de demostrar satisfactoriamente el origen lícito de una situación patrimonial sospechosa, pese a la tendencia latinoamericana a favor de hacerlo, en gran medida como consecuencia de la suscripción de la Convención Interamericana contra la Corrupción – suscrita por Chile con fecha 29 de marzo de 1996, ratificada con fecha 22 de septiembre de 1998 –, que en su Artículo IX Enriquecimiento ilícito.

También el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, pero, como Chile, aunque la suscribió en diciembre de 2003 recién vino a ratificarla en septiembre de 2006, no se la menciona en la HL – Historia de la Ley N°20.088-. Sin perjuicio de ello, citaremos que en su Preámbulo (entre otros tópicos) señala que quienes la suscriben lo hacen “*Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley*”, ya que ayuda a entender el tipo de razones – casi imperativos – en mente de los parlamentarios que impulsaron la creación del tipo penal.

Resistencia que encontraba su (buena) razón a la objeción a los términos en general vagos con que, tanto la Convención Interamericana como los textos de otras legislaciones, se “tipifica” este ilícito, que no satisfacen la exigencia de determinación, tipicidad o taxatividad de la conducta sancionada (artículo 19 N°3, inciso octavo de la Constitución Política de la República) porque no se describe una conducta, sino una situación de hecho consistente en que el empleado público lleva un nivel de gastos superior a sus ingresos como tal, así como que desatiende la presunción de inocencia consagrada en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en la medida en que invierten la carga de la prueba en perjuicio del imputado, toda vez que, constatada la situación de hecho anterior, le imponen el deber de justificar el origen y la legalidad de los mayores ingresos.

32.- La conducta típica aparece desdibujada, puesto que el verbo rector es más bien una situación de hecho, un resultado de conductas previas no descritas por el legislador, lo cual podría considerarse como un resabio de responsabilidad penal objetiva, tema que el constituyente repudia expresamente. En otras palabras, la imputación al sujeto carece de una verdadera descripción de la conducta, sino más



bien conforma un simple estado de cosas, o el resultado de una conducta que no se define mayormente (Héctor Hernández Basualto, El Delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios en el Derecho Penal Chileno. Revista de Derecho PUC Valparaíso XXVII – 2º semestre. 2006, pp.191-192).

En igual sentido la utilización del término “incremento patrimonial” denota el aumento de activos, incluso el concepto jurídico de patrimonio es definido no sólo como un conjunto de objetos o de cosas, sino un conjunto de relaciones que incluyen derechos, obligaciones y posiciones activas apoyadas en un sujeto, el cual también tiene un sesgo de indeterminación en el caso de la norma penal cuestionada.

33.- Del mismo modo, la redacción de “ilícito”, resulta insuficiente pues en la propia tramitación de la Ley N°20.088 se reconoció la necesidad de precisar una definición legal y/o doctrinaria. El texto legal no da definición alguna que permita que deba entenderse por la expresión ilícito o indebido en el tipo penal en comento. Sin lugar a dudas es un elemento normativo del delito, de manera tal que su naturaleza de ilícito como enriquecimiento proviene de la ilicitud de los medios empleados por el funcionario, circunstancia que podría perfectamente ser subsumida con alguna otra figura penal del Código, dentro del mismo Título V, donde operaría el principio de especialidad.

Por su parte, la acepción “relevante” según el Diccionario de la Real Academia Española (<http://lema.rae.es/lema.rae.es/drae/?val=relevante>) corresponde a: 1. Adj. Sobresaliente, destacado. 2. Adj. Importante, significativo; con lo que a este respecto la disposición parece clara. Es esencial la conjugación de elementos copulativos, para que el enriquecimiento del funcionario debe ser este relevante y sustancial, pero, además, injustificado.

34.- Desde la perspectiva de la teoría de la infracción de deberes, salvo el deber genérico de todo empleado público de respetar la ley y apegar su conducta funcionaria al principio de probidad, de rango constitucional, lo cual es indeterminado, atendido a que en la práctica el enriquecimiento ilícito es una situación de hecho más que una conducta (también indeterminada), no es posible determinar específicamente cual o cuales de los deberes funcionarios ha dejado de cumplir.

35.- El segundo problema es el valor probatorio que en materia penal les puedan reconocer –conforme a nuestro sistema procesal penal–, primeramente, el juez de Garantía y, luego, si es que pasa ese primer examen de admisibilidad, los jueces del tribunal de Juicio Oral en lo Penal – si es que lo hay –, dado el carácter claramente administrativo y extra-penal de la moción que dio origen a la Ley N°20.088. y que mantuvo hasta bien avanzada su tramitación, y por tanto, válidamente comunicable a las declaraciones creadas por ella.

Otro aspecto a ponderar es que en la justicia de mérito o de fondo, hoy en día, resulta más fácil perseguir la responsabilidad por vías alternativas como son el delito



tributario en cuanto a imputación al tenor del artículo 97 del Código Tributario en correspondencia con la ley de Rentas, más que utilizar el delito de enriquecimiento ilícito que señala el artículo 241 bis del Código Penal.

36.- En el Derecho comparado, varios países suscriptores de la Convención Interamericana contra la Corrupción han incorporado esta figura penal, algunos incluso imponiéndole al funcionario la obligación de justificar su enriquecimiento al ser requerido a ello, con certeza Argentina, Perú y México. Estados Unidos y Canadá, por su parte, suscribieron la Convención, pero, con la reserva de sustraerse a la obligación de crear el tipo penal, por contrario a sus ordenamientos jurídicos. En cuanto a Europa, aquellos ordenamientos de tradicional mayor influencia entre nosotros, como el español, el alemán y el italiano, carecen de una tipificación de estas características; no deja de ser significativo que los instrumentos supranacionales europeos en materia de corrupción, esto es, el Convenio de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 25 junio de 1997, y la Convención del Consejo de Europa sobre Derecho penal en materia de corrupción, de 27 de enero de 1999, no contemplen, ni aun a título de sugerencia, la introducción de un tipo penal semejante.

37.- Que, dada la escasa aplicabilidad del tipo, el profesor Héctor Hernández Basualto señala al respecto: “El único alcance práctico que se le podría asignar al artículo 241 bis CP sería el de ser un tipo penal residual en sentido material, que abarque toda forma de enriquecimiento ilícito que no se encuentre especialmente tipificada en la ley, con lo cual, en rigor, deja de corresponder a lo que se entiende por un genuino delito de enriquecimiento ilícito. Algunas de las intervenciones durante el trámite legislativo parecen abonar esa interpretación. Tal es el caso, por ejemplo, de la intervención del senador Andrés Zaldívar, quien luego de destacar que es el Ministerio Público el que debe acreditar el origen ilícito del enriquecimiento destaca que “si en el curso de la investigación el fiscal constata indicios de la existencia de otros delitos o de uno de mayor gravedad, es su responsabilidad optar [por] cuáles persigue y en qué forma lo hace” (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 29 de julio de 2005. P.37) con lo cual inequívocamente se está refiriendo a dos grupos de hipótesis efectivamente probadas de enriquecimiento ilícito: a) las que están especialmente tipificadas y b) las que no lo están y sólo son subsumibles en el nuevo tipo residual.

Sin embargo, semejante interpretación ofrece serias dudas en cuanto a su compatibilidad con las exigencias del principio de legalidad, más específicamente con el de determinación o taxatividad. A diferencia de lo que ocurre con reconocidos tipos penales residuales, como la estafa residual (artículo 473 CP) o los daños (artículos 484, 487 CP), cuyas conductas típicas se encuentran razonablemente establecidas en la ley, tratándose del enriquecimiento ilícito no existen bases que permitan precisar suficientemente el objeto de la incriminación.



38.- En relación a la garantía de la presunción de inocencia, el legislador trató por medio del inciso 3° del artículo 241 bis de salvar el problema de inconstitucionalidad por inversión del *onus probandi*, señalando que este órgano siempre deberá estar a cargo de la prueba, por lo cual la necesidad de probar un no-hecho (diabólica probatio), esto es, probar que el funcionario no realizó acto ilícito alguno para enriquecerse por parte del Fiscal persecutor, escapa a toda posibilidad de materialización.

Inversión de la carga de la prueba y la vulneración del principio *nemo tenetur*. Apenas puede discutirse seriamente que en el origen de este tipo de incriminaciones se encuentran las dificultades más o menos significativas que debe enfrentar la prueba de la actividad ilícita de la cual, se cree, debe provenir la inusitada e inexplicable riqueza de un sujeto.

Pues, como es evidente, lo que encierra el concepto mismo de enriquecimiento ilícito es la sospecha – en general razonable – de que un enriquecimiento que no puede explicarse a partir de las actividades conocidas del sujeto debe provenir de una actividad delictiva, lo que en el ámbito específico de los funcionarios públicos se expresa en la sospecha de actos de corrupción administrativa, tales como malversación, cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles, uso indebido de información privilegiada, entre otros. Pero mientras respecto de cualquier delito este indicio relativamente fundado no es más que motivo para una investigación que permita ir más allá de la sospecha genérica y acreditar efectivamente la actividad delictiva que subyace al enriquecimiento, permitiendo con ello su legítima represión, en este caso las dificultades probatorias – reales o exageradas – han terminado por justificar un atajo: en vez de que el Estado acredite lo que sospecha, se le impone al sospechoso la tarea de demostrar su inocencia. Se trata de una manifiesta inversión de la carga de la prueba. Que esto es así se desprende de la propia confesión de los partidarios del tipo penal, que suele deslizarse a pesar de los esfuerzos que muchas veces se hacen por negarlo.

Más allá de “la valoración político-criminal que pueda merecer el mecanismo ideado para superar las dificultades probatorias que debe enfrentar la persecución penal en esta materia, lo que no puede negarse es que un delito de estas características vulnera abiertamente el Derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el encabezado del artículo 8.2 CADH y en el artículo 14.2 del PIDCP, con rango constitucional en Chile conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 5° CPR. Es el imputado, a quien se presume culpable, el que debe acreditar que no ha incurrido en ningún delito para enriquecerse. La circunstancia formal de haberse consagrado la presunción de culpabilidad mediante el expediente técnico de la tipificación de un delito autónomo naturalmente no puede – desde la única perspectiva decisiva, que es el material – servir de argumento para negar la infracción de la garantía” (Cristián Ramírez Tagle, *Corrupción y otros delitos en la administración pública*, Ed. El Jurista, 2018, pp.202-203)



39.- En el caso de autos, coincidiendo con lo establecido en la mayoría de la doctrina incluso de la jurisprudencia, el carácter impreciso de la conducta sancionada y la estructura misma del delito que supone invertir de manera parcial la carga de la prueba, hacen incompatible en la figura penal con los principios respetuosos de las garantías constitucionales de las personas. Tales reservas acompañaron el debate parlamentario, tal como se constató en la citada Historia de la Ley (N°20.088), y si bien en definitiva se ha establecido la vigencia del ilícito penal, no es posible perder de vista que ha sido a condición de que se resguarden debidamente la presunción de inocencia, atendido los efectos que la aplicación práctica deviene en la imputación del delito en comento.

40.- “La existencia de un delito de enriquecimiento ilícito parece obedecer sólo a las deficiencias institucionales y a una cierta precariedad del Estado de Derecho en países en vías de desarrollo, cabe decir, por último, algunas palabras sobre el caso del Derecho francés, que, en cierta medida, ha sido “pionero” en la materia. Al respecto debe tenerse presente que el principio de culpabilidad en el Derecho penal francés ha tenido tradicionalmente una vigencia más limitada que la que tiene en nuestra tradición jurídico-penal. Hasta el Código Penal de 1992, el Derecho galo conocía los llamados “delitos materiales”, esto es, delitos cuya sanción sólo requería la constatación material del hecho, sin necesidad de ningún elemento “moral” o “intelectual”, verdaderas formas de responsabilidad objetiva. En esos contextos se explica que, no obstante el nuevo Código permite esa posibilidad sólo en el ámbito de las contravenciones, no se discute mayormente la subsistencia de presunciones de hecho o de culpabilidad, cuya conservación probablemente funciona como forma de transición hacia un Derecho pena estrictamente culpabilístico. Y si bien hasta ahora esta característica del Derecho penal francés ha logrado superar el escrutinio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a la compatibilidad de la misma con el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debería ser evidente que se trata de una situación que no puede administrarse en ordenamientos con otra tradición” (Héctor, Hernández Basualto, El delito de Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios en el Derecho Penal Chileno. Revista de Derecho PUC Valparaíso, XXVII – 2° semestre. 2006, pp.194 y 199).

41.- Que atendido lo anteriormente razonado la figura penal en análisis no respetaría el principio de tipicidad legal (taxatividad) en relación a la figura penal del artículo 241 bis del Código punitivo – delito de enriquecimiento ilícito – puesto que presenta problemas insalvables de legitimación, al ser incompatible con principios que informan el derecho penal y el derecho procesal penal, en sus vertientes de Principio de legalidad y el de presunción de inocencia y el *onus probandi* y *nemo tenetur*, puesto que con ello la garantía constitucional de un debido proceso garantizado en el artículo 19 N°3 de la CPR, aparecen vulneradas.

En relación al principio de legalidad y el mandato de determinación, cuyo origen proviene de la filosofía de la Ilustración cabe citar lo expresado por el Tribunal



Constitucional español en la sentencia STC 283/2006 en cuanto ha declarado: “La exigencia de determinación de la ley tendría pues, en principio, dos objetivos conectados a las razones que justificaron el surgimiento del principio de legalidad: por un lado, vincular efectivamente a los jueces a la ley, evitando así márgenes de arbitrio en las decisiones de los mismos; y por otro lado, garantizar a los ciudadanos sus márgenes de libertad, evitando que pudieran verse sorprendidos por condenas penales no previsibles para los mismos. Atendiendo a tales objetivos, cabe concluir que los destinatarios últimos de la ley cierta, que serán lógicamente aquéllos que van a entrar en contacto con la ley, son los jueces y los ciudadanos, y que frente a éstos la ley debe cumplir una misión de vinculación (frente a los jueces) y de información y orientación (frente a los ciudadanos).

Y, además: “El principio de taxatividad exige, por tanto, leyes determinadas que, por un lado, vinculen efectivamente a los poderes públicos que intervienen en la fijación y exigencia de la responsabilidad penal (principalmente los jueces, pero también el ejecutivo, si pensamos en la problemática de las leyes penales en blanco); y, por otro lado, que orienten a los ciudadanos sobre las consecuencias jurídico-penales de sus conductas. En consecuencia, y en orden a cumplir tales objetivos, el mandato de determinación plantea ciertas exigencias a los textos jurídico-penales que son resumidas por el Tribunal Constitucional en el requerimiento de que “el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994, 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles” (Mandato de determinación y tipicidad penal, Irene Navarro Frías, Ed. Comares, Granada, 2010, pp. 19-20).

## XII.- CONCLUSIONES

42.- Que atendido lo razonado precedentemente, los suscribientes vienen en acoger el requerimiento deducido a fojas 1 y siguientes, solo en virtud del Principio de legalidad (taxatividad) y en base a la presunción de inocencia en atención a que se torna punible la mera sospecha de un ilícito penal futuro, sustentado en los artículos 19 Nos. 3 incisos 5º, 6º y 9º de la Constitución Política de la República.

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



**SE RESUELVE:**

- I. QUE, HABIÉNDOSE PRODUCIDO EMPATE DE VOTOS, NO SE HA OBTENIDO LA MAYORÍA EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 93, INCISO PRIMERO, NUMERAL 6° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD REQUERIDA, POR LO CUAL SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

Redactó el voto por rechazar el requerimiento la Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA (Presidenta). El voto por acogerlo fue escrito por el Ministro señor NELSON POZO SILVA.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 12.797-22-INA**



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor Cristian Omar Letelier Aguilar, señor Nelson Roberto Pozo Silva, señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Rodrigo Patricio Pica Flores y señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.



6502D82E-7F07-4E62-9233-A36EC5EDD709

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en [www.tribunalconstitucional.cl](http://www.tribunalconstitucional.cl) con el código de verificación indicado bajo el código de barras.