



2023

REPÚBLICA DE CHILE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol N° 13.214-22 INA

[8 de junio de 2023]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DE LAS EXPRESIONES "ACTO DEBIDO PROPIO DE SU CARGO" Y "ACTO CON INFRACCIÓN A LOS DEBERES DEL CARGO", CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 248 BIS, INCISO PRIMERO; Y DEL ARTÍCULO 250, INCISOS PRIMERO Y CUARTO, DEL CÓDIGO PENAL

IGNIR MITA APAZA

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1800845712-K, RIT N° 143-2021, SEGUIDO ANTE TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA, Y EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE SUPREMA, POR RECURSO DE NULIDAD, BAJO EL ROL N° 13.415-2022

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, con fecha 2 de mayo de 2022, Ignir Mita Apaza deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de las expresiones "*acto debido propio de su cargo*" y "*acto con infracción a los deberes del cargo*", contenidas en el artículo 248 bis, inciso primero; y del artículo 250, incisos de primero y cuarto, del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 1800845712-K, RIT N° 143-2021, seguido ante Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, en actual conocimiento de la Corte Suprema, por recurso de nulidad, bajo el Rol N° 13.415-2022.

Preceptiva legal cuya aplicación se impugna

Los preceptos legales cuestionados disponen:

Artículo 248 bis, inciso primero, frases que indica.-



*El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un **acto debido propio de su cargo**, o para ejecutar o por haber ejecutado un **acto con infracción a los deberes de su cargo**, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, con las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo y multa del duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de cien a mil unidades tributarias mensuales.*
(...)

Artículo 250, incisos primero y cuarto.-

El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.
(...)

Tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en sus grados medio a máximo, en el caso del beneficio consentido.

Antecedentes de la gestión pendiente y conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Como antecedentes y en cuanto a la gestión judicial en que incide la acción de inaplicabilidad de fojas 1, consigna la parte requirente, señor Mita Apaza, que por sentencia del 21 de abril de 2022, en los autos arriba individualizados, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, aplicando la preceptiva legal impugnada en forma decisiva, lo condenó a la pena de cinco años y un día de reclusión mayor en su grado mínimo, más accesorias legales y multa equivalente al duplo del beneficio aceptado, por la comisión en calidad de autor de dos delitos consumados de soborno, previsto y sancionado en el artículo 250, inciso cuarto, en relación al artículo 248 bis del Código Penal; y al pago de un multa ascendente a \$4.541.882, por la comisión en calidad de autor de un delito consumado de contrabando, previsto y sancionado en los artículos 168 y 178 de la Ordenanza de Aduanas; por hechos acontecidos los días 26 de febrero y 25 y 26 de marzo del año 2019.

Explica el requirente que, respecto de los hechos, para fundamentar la condena, la sentencia consideró que el supuesto “soborno” en el que habría incurrido estaba destinado a que el funcionario de Carabineros, Sargento 2° señor Jorge Contreras Montero “infringiera los deberes propios de su cargo”, y específicamente, en cuanto a los deberes del cargo infringidos, se señaló en la sentencia que “Respecto a los deberes infringidos por el en ese entonces sargento segundo Contreras, cabe señalar que el artículo 1° de la Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros, dispone que la institución de Carabineros de Chile persigue “dar eficacia al derecho” y el artículo 3° inciso 7° de la misma Ley dispone que “La vigilancia policial de las fronteras que corresponde a Carabineros de Chile será ejercida en conformidad a las leyes y normas generales que regulan la materia; y que siendo una función inherente de todo carabinero la de dar eficacia al derecho,



dentro de lo cual debe entenderse evitar y pesquisar los delitos, y tratándose de funcionarios que se desempeñan en tenencias o cuarteles fronterizos el de vigilar las fronteras, sólo que cabe concluir que carabinero que permite o facilita el contrabando a cambio de un beneficio económico infringe los deberes propios de su cargo” (considerando 11° del fallo).

Esta sentencia fue objeto de recurso de nulidad, el cual fue declarado admisible, y se encuentra pendiente ante la Corte Suprema, y suspendido en su tramitación conforme a lo ordenado por este Tribunal Constitucional .

A continuación, la parte requirente afirma que *“la técnica legislativa de las normas impugnadas (art. 250 inc. 1 y 4 CP y art. 248 bis CP), permitió, en definitiva, que nuestro representado fuese formalizado, acusado y condenado por un delito que, en su regulación, contiene vicios de indeterminación de la figura penalmente reprochable y sancionable, que permitió que los Jueces de instancia determinará discrecionalmente cuáles eran los “deberes” que se habían incumplido mediante el supuesto soborno en que había incurrido nuestro representado, mediante la construcción intelectual de deberes específicos, a partir de principios o deberes generales de la institución de Carabineros de Chile, contenidos en la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros (N° 18.961), específicamente artículo 1° y artículo 3° inc. 7 de la misma Ley” (SIC, fojas 12 y 13).*

Y agrega que *“esta discrecionalidad judicial que fue ejercida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica y que permitirían las normas impugnadas, constitucionalmente inaceptable, se ve realizada cuando las normas penales en comento son aplicadas frente a un ciudadano común, quien no se encuentra en condiciones de saber el complejo estatuto de deberes concretos al que está sujeto un funcionario específico en razón de su cargo, y que, probablemente, sean determinados de manera posterior, en específico durante la acreditación en un proceso judicial concreto” (fojas 14).*

Así, en la especie, se afirma por la parte requirente que la aplicación de esta preceptiva cuestionada, genera las siguientes infracciones constitucionales:

En primer término, se señala que, del análisis de ambos artículos impugnados y relacionados, es imposible determinar qué debe entenderse por “actos propios del cargo” y por “deberes propios del cargo”, y, segundo, determinar cuáles son los actos o deberes propios del cargo a los que se refiere la norma de relevancia penal.

Desde ya, entonces, podemos concluir preliminarmente que la norma en comento no se basta a sí misma, ya que exige recurrir a otras fuentes para lograr completar su contenido, y comprender, finalmente, en el caso concreto, qué es lo realmente sancionado por el derecho penal; fuentes a las que tampoco la norma se refiere, ya que no existe una remisión expresa a otros cuerpos legales o normativos, por lo que corresponde al interprete efectuar dicho trabajo intelectual.

Agrega el actor que, al contener las normas impugnadas una sanción a una conducta indeterminada, que debe ser determinada en cuanto a su contenido mediante la complementación efectuada por el Juez, recurriendo a otros cuerpos normativos, o a la mera discrecionalidad, se puede concluir que *“estamos frente a lo que se denomina como Ley Penal en Blanco, y si se quiere más específicamente, a una Ley Penal Abierta” (fojas 11), consignando que estas han sido definidas por esta Magistratura como “aquellas cuyas consecuencias jurídicas se establecen*



expresamente, pero se deja el contenido de la hipótesis a cargo de otras leyes, reglamentos y en algunos casos a la libre interpretación del juez” (STC Rol N° 2758-2014).

Las leyes penales abiertas, a su vez, son aquellas disposiciones incompletas en que la labor de complemento es entregada al propio tribunal encargado de aplicarlas, como en el caso particular que se invoca, recurriendo a actos de autoridad o a prueba fáctica rendida en el juicio, en abierta infracción al artículo 19 N° 3, inciso octavo, de la Constitución Política de la República, esto es, al principio básico de que los delitos sólo se establecen por ley.

Así, concluye el actor que la figura típica de soborno prevista en el artículo 250, incisos primero y cuarto, en relación al artículo 248 bis, implica que se trata de una ley penal en blanco abierta, y no permite alcanzar el estándar constitucionalmente exigido para la expresión de un delito, al vulnerarse las garantías de legalidad, de tipicidad y de taxatividad, reconocidas en el referido numeral 3° del artículo 19 constitucional.

En efecto, se incumple el principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad, cuyo cumplimiento requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada; asegurando al ciudadano “el conocimiento cabal de los mandatos y prohibiciones protegidos por una pena penal”; mientras en este caso, la preceptiva legal cuestionada ha permitido la actuación del Ministerio Público en la investigación bajo parámetros de discrecionalidad en cuanto se ha perseguido arbitrariamente al requirente, en base a un delito legalmente indeterminado y, finalmente, se le ha condenado por parte del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, bajo criterios de discrecionalidad que permitieron al Juez penal completar arbitrariamente el tipo penal, bajo principios generales contenidos en normas jurídicas a su propia elección, provocando una grave vulneración a los derechos del requirente, señor Mita, que no debió ocurrir en un Estado de Derecho con manifiesta infracción de las garantías reconocidas en el N°3 del artículo 19 de la Constitución Política (fojas 19).

Y, en segundo término, se afirma por la parte requirente que la aplicación de las normas reprochadas en el caso particular, afecta además la garantía de la igualdad ante la ley, consagrada en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución; toda vez que respecto del requirente se le ha aplicado la ley de manera desigual, por cuanto, *ha sido el propio Juez penal quien ha creado y complementado el contenido específico del tipo penal, en relación a los “deberes funcionarios”, que se pretendían haber sido vulnerados mediante el soborno del cual fue acusado nuestro representado* (fojas 25).

Concluye así la parte requirente instando porque esta Magistratura acoja su acción de inaplicabilidad del artículo 250, incisos primero y cuarto, y el artículo 248 bis, por cuanto, la última norma citada -a la cual la primera hace remisión-, por inconstitucionalidad de las expresiones “acto debido propio de su cargo” y “acto con infracción a los deberes del cargo”, los cuales carecen de determinación, no cumpliendo con el estándar constitucional que exige el principio de taxatividad, infraccionando con ello las garantía del artículo 19, N°s 2 y 3, de la Carta Fundamental.



Tramitación y observaciones al requerimiento

El requerimiento fue acogido a tramitación y declarado admisible por la Segunda Sala de este Tribunal Constitucional, conforme consta en resoluciones que rolan a fojas 42 y 439; ordenándose asimismo la suspensión del procedimiento en la gestión judicial concernida.

Conferidos los traslados de fondo a los órganos constitucionales interesados y a las demás partes en la gestión invocada, fueron formuladas observaciones al libelo dentro de plazo legal por el Ministerio Público, solicitando el rechazo del requerimiento deducido en todas sus partes.

En su presentación de fojas 451 y siguientes, la Fiscalía Penal argumenta cómo la aplicación de los preceptos impugnados no resulta, bajo ningún respecto, contraria a la Constitución.

En primer término, explica la Fiscalía requerida el delito de soborno o cohecho activo, dentro del fenómeno delictivo de la corrupción, haciendo referencia a su contenido en instrumentos internacionales ratificados por Chile, como la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, la Convención contra el Cohecho a Funcionario Público Extranjero en Transacciones Comerciales Internacionales, y la Convención Interamericana contra la Corrupción, así como a su consagración en el ámbito interno, a través de la actual figura del soborno o cohecho activo, tipificada en el reprochado artículo 250 del Código Penal que, tras las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.121, que “modifica el Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”, publicada en el Diario Oficial de 20 de noviembre de 2018, y que sanciona al que da, ofrece o consiente en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en su provecho o de un tercero, en razón del cargo del funcionario o para que realice las acciones o incurra en las omisiones previstas, entre otros, en el igualmente cuestionado artículo 248 bis del Código Penal.

Se agrega que, en términos generales, el bien jurídico protegido por los delitos de cohecho es el correcto desempeño de la función pública y la probidad administrativa, y en relación además en el caso concreto con el artículo 101 constitucional, y con lo dispuesto en la Ley N° 18.575, Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, y en la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.

Luego, el sujeto activo es el particular que “da”, “ofrece” o “consiente en dar” a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de éste o de un tercero, para que este “omita” o “haya omitido” un acto debido propio de su cargo, o para que este “ejecute” o “haya ejecutado” un acto con infracción a los deberes de su cargo.

En seguida, en cuanto al elemento subjetivo, esta hipótesis exige la concurrencia del dolo directo, y, finalmente, como todos los delitos de cohecho, el soborno es un delito de mera actividad, que se perfecciona con la sola declaración unilateral de voluntad del sobornante, sin requerirse un resultado (fojas 464).

Luego, afirma el Ministerio Público que, en el estado procesal actual de la gestión judicial invocada, que pende en recurso de nulidad ante la Corte Suprema, la única causal relacionada con la aplicación de las normas criticadas en estos



antecedentes es la del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por la que se objeta la aplicación errónea del artículo 250, inciso cuarto, del Código Penal, afirmando que no estaría acreditado cuáles serían las labores propias del cargo del funcionario de Carabineros, y como dicho deber no estaría señalado, entonces no correspondería aplicar el precepto punitivo.

En estas circunstancias, consigna la parte requerida que las reglas legales criticadas ya fueron aplicadas por los jueces orales en la sentencia condenatoria, y lo pendiente es en realidad una objeción que si bien se hace consistir en una supuesta aplicación errónea del derecho, se termina objetando en realidad una supuesta falta de prueba, en la que ningún rol juegan los preceptos atacados, de manera que concretamente el requerimiento da cuenta a estas alturas de una crítica meramente teórica o abstracta de la preceptiva legal que impugna; lo que es improcedente vía acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley.

En la misma línea anotada, no aparece fundadamente explicada por la requirente una vulneración del artículo 19 N° 3, inciso octavo, de la Carta Fundamental, ni tampoco se vulnera el artículo 19 N° 2 constitucional ni el principio de igualdad ante la ley.

Al contrario, las normas cuestionadas sí cumplen las exigencias de legalidad y taxatividad penal. En efecto, la normativa en comentario cumple la exigencia que lleva a concluir, conforme a la jurisprudencia de esta misma Magistratura Constitucional, que resultan constitucionalmente admisibles aquellas leyes cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, así como aquellas que señalen expresamente la norma de remisión, aun cuando no sea de origen legislativo, en la medida que realicen una descripción del núcleo esencial de la conducta, como precisamente acontece en la especie.

Así, el núcleo central de la conducta está claramente descrito en el artículo 250 del Código Penal, en tanto sanciona al particular “da”, “ofrece” o “consiente en dar” a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza para que realice las acciones o incurra en las omisiones, entre otras, del artículo 248 bis del mismo Código.

Luego, lo que se requiera del funcionario es complementario a esta conducta del sobornante y son deberes que principalmente están regulados en leyes. Además, en el caso concreto, la investigación y el juicio se llevaron a efecto sobre los deberes infringidos por el funcionario de Carabineros, Sargento Segundo Contreras, que se hicieron consistir en infracciones de carácter legal, conforme se lee de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica.

Concluye la Fiscalía que, en el caso en particular, no surge que la aplicación de las frases de los artículos 248 bis y 250 del Código Penal que son cuestionadas, pudiera provocar un resultado contrario a la Constitución, desde que el contenido en concreto de la infracción de los deberes del cargo del funcionario público parece bastante evidente y, como se dijo, se trata de deberes además contemplados en la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.

A fojas 448, se hizo parte la Defensoría Penal Pública, en representación del coimputado señor Jorge Contreras Montero; sin hacer uso de su derecho a formular observaciones y acompañar antecedentes por escrito a la inaplicabilidad impetrada.



Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 8 de julio de 2022, a fojas 476, fueron traídos los autos en relación.

En audiencia de Pleno del día 6 de octubre de 2022, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el señor Relator. Con fecha 6 de diciembre de 2022 quedó adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia.

Y CONSIDERANDO:

I. ANTEDECENTES

PRIMERO: Mediante el requerimiento de fojas 1 y siguientes, el señor Ignir Mita Apaza, ciudadano boliviano dedicado al rubro del transporte, solicita la inaplicabilidad del artículo 250 inciso 1º e inciso 4º del Código Penal en relación con el artículo 248 bis del mismo cuerpo legal para que ello surta efecto en la causa RUC N° 1800845712-K, RIT 143-2021 del Tribunal Oral en lo Penal de Arica. En este último proceso consta que el requirente ha sido condenado en calidad de autor del delito de soborno tipificado en el artículo 250 inciso 1º del Código Penal y del delito frustrado de contrabando tipificado en el artículo 178 de la Ordenanza de Aduanas y que de acuerdo con esa misma disposición debe estimarse como consumado (fojas 411).

A su turno, a fojas 448 se hace parte en el requerimiento de inaplicabilidad don Jorge Contreras Montero, representado por la Defensoría Penal Pública y por quien se alegó en estrados la vulneración del artículo 19 N° 3 constitucional, inciso 8º, en relación con el principio de taxatividad frente al diseño de los delitos de cohecho agravado y de soborno. En el mismo proceso penal identificado en el párrafo anterior, el Tribunal Oral en lo Penal de Arica condenó al Sr. Contreras Montero en calidad de autor, entre otros ilícitos, de seis delitos de cohecho tipificado en el artículo 248 bis inciso 1º del Código Penal y del delito de soborno tipificado en el artículo 250 inciso 4º (fojas 411-412). A la fecha de la comisión de los delitos el Sr. Contreras Montero ostentaba la calidad de Sargento 2º de Carabineros y que, según se dieron por probados los hechos (fojas 388 y siguientes), el Tribunal Oral en lo Penal de Arica estimó que el Sargento 2º Contreras Montero ofreció al requirente Mita “trabajar juntos” para “dejar pasar” un camión a cambio del pago de una suma de dinero. Por otra parte, el Sargento 2º Contreras Montero habría aportado información al Sr. Mita Apaz para que éste, a su vez, coordinara el traslado de camiones a través de la frontera eludiendo los controles policiales y aduaneros que corresponde a los camiones que exportan mercancías adquiridas en Zona Franca hacia Bolivia.

Cabe mencionar que en la gestión judicial pendiente hay, junto con Contreras Montero otros tres condenados por los mismos delitos y que a la época en que se ejecutaron los hechos también tenían la calidad de carabineros en servicio activo (Sres. Duhart Huecha, Cabrera Cancino y Navarrete Mendoza). Estos funcionarios, que se desempeñaban en una dependencias cercanas a la frontera norte con Bolivia (en su zona más septentrional) y, mediante distintas conductas, habrían facilitado el transporte de mercancías entre Chile y Bolivia sin tener que someterse a controles



policiales ni cumplir con las obligaciones aduaneras. Puntualmente, en el caso del Sr. Contreras Montero, se habría dado por acreditadas llamadas telefónicas de éste al Sr. Mita Apaz para requerir dinero a cambio de “dejar pasar” sus camiones, lo que a juicio del Tribunal Oral en lo Penal implica infracción de deberes señalados en la Ley N° 18.961 según se lee a fojas 208. En esta última parte de la sentencia se lee que “[d]e tal forma, siendo una función inherente de todo carabinero la de dar eficacia al derecho, dentro de lo cual debe entenderse evitar y pesquisar los delitos y tratándose de funcionarios que se desempeñan en tenencias o cuarteles fronterizos el de vigilar las fronteras, sólo cabe concluir que el carabinero que permite o facilita el contrabando a cambio de un beneficio económico infringe los deberes propios de su cargo”.

Adicionalmente al requerimiento de dinero para facilitar la salida de camiones a través de la frontera, la sentencia da por acreditado, según se lee a fojas 209 y 210, que el Sr. Contreras Montero habría entregado información relativa a los patrullajes a fin que los transportistas pudieran evitar los controles policiales. Respecto de esto último, la sentencia vuelve a citar la Ley N° 18.961 para fundamentar los deberes propios del cargo.

SEGUNDO: El reproche de constitucionalidad que se formula en contra de los preceptos legales contenidos en el artículo 250 incisos 1° y 4° y artículo 248 bis se fundamenta en que ambos preceptos legales no permiten determinar “que [sic] debe entenderse por ‘actos propios del cargo’ y por ‘deberes propios del cargo’ y “cuáles son los actos o deberes propios del cargo a los que se refiere la norma de relevancia penal” (fojas 10). El requerimiento añade que “la norma en comentario no se basta a sí misma, ya que exige recurrir a otras fuentes para lograr completar su contenido, y comprender, finalmente, en el caso concreto, qué es lo realmente sancionado por el derecho penal; fuentes a las que tampoco la norma se refiere, ya que no existe una remisión expresa a otros cuerpos legales o normativos, por lo que corresponde al interprete efectuar dicho trabajo intelectual”. Esta “conducta indeterminada” llevaría, sostiene el requerimiento, a castigar las conductas mediante una ley penal en blanco del tipo “abierta”, “ya que las normas citadas que se reprochan no efectúan un reenvío a otra norma, y porque correspondería al Juez completar el contenido de la conducta reprochada penalmente, en el caso concreto recurriendo a actos de la autoridad y prueba fáctica rendida en el juicio” (fojas 11-12). Estos actos de la autoridad y prueba, se señala a fojas 13, serían declaraciones prestadas durante el juicio oral.

El requerimiento sostiene, finalmente, que las normas cuya inaplicabilidad se demanda permitieron “que los Jueces de instancia determinará discrecionalmente cuáles eran los ‘deberes’ que se habían incumplido mediante el supuesto soborno en que había incurrido nuestro representado, mediante **la construcción intelectual de deberes específicos** [destacado en el original], a partir de principios o deberes generales de la institución de Carabineros de Chile, contenidos en la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros (N° 18.961), específicamente artículo 1° y artículo 3° inc. 7 de la misma Ley”. Esta habilitación a la discrecionalidad judicial importaría, consecuentemente, una infracción a la igualdad ante la ley.

En definitiva, el efecto contrario a la Constitución que producirían los preceptos legales reprochados consistiría, según el requerimiento, en una vulneración de los deberes legislativos de tipicidad y taxatividad (artículo 19 N° 3



inciso 8º de la Constitución), como condición para la constitucionalidad del ejercicio del ius puniendo, y de la garantía de igualdad ante la ley.

TERCERO: Corresponde entonces discernir si es efectivo que los preceptos legales reprochados generan un efecto contrario a la Constitución, en los términos exigidos por el artículo 93 N° 6 de la Constitución. Cabe ciertamente recordar que no se emitirá pronunciamiento, porque escapa a la competencia de esta Magistratura, respecto de ningún aspecto relacionado con la motivación de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica ni con la efectividad de los hechos que allí se relatan, la prueba que allí se valora o la calificación jurídica que allí se hace de las conductas que se dieron por acreditadas. En este sentido, solo cabe aquí pronunciarse sobre si los preceptos legales han podido generar, en el caso concreto, un efecto contrario a la Constitución, sea por vulnerar lo dispuesto en el artículo 19 N° 2, en el artículo 19 N° 3 o en ambas disposiciones.

Para enjuiciar la conformidad constitucional de los efectos que producen los preceptos legales impugnados en la gestión judicial se ha considerado necesario distinguir las dos posiciones que, frente a la normativa reprochada, tienen, de una parte, el requirente Sr. Mita Apaz y, de otra, el ex funcionario Sr. Contreras Montero. El primero en su condición de particular y el segundo en la calidad de funcionario de Carabineros de Chile a la época de las conductas sancionadas por el Tribunal Oral en lo Penal de Arica. En forma previa, se explicitarán las coordenadas normativas constitucionales e internacionales dentro de las cuales se contextualizan los tipos penales de cohecho y de soborno.

II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROBIDAD Y LA CORRUPCIÓN

CUARTO: Como parte de la arquitectura fundamental de nuestro ordenamiento, la Constitución ha explicitado el principio constitucional de probidad en el artículo 8º, el que dispone que “[e]l ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”. Esta norma tiene su origen en los dos proyectos de reforma constitucional que terminaron transformándose en la Ley N° 20.050 y que consideraron, desde un principio, tanto su carácter de obligación estricta como su contenido propio de mandato de honestidad e intachabilidad en el ejercicio de la función pública. Su carácter fundamental y transversal quedó reforzado al reemplazarse la voz “deber de probidad” por “principio de probidad”, según consta en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 18 de marzo de 2003. En este mismo debate legislativo-constitucional consta que este principio exige, con todo el rigor atribuible al adjetivo “estricto”, honestidad en su más amplio sentido y primacía del interés general por sobre el particular en el ejercicio de las funciones públicas. Este último componente de la probidad proscribire el abuso y la desviación, en beneficio privado, del *poder público* atribuido siempre en interés de la *república*. Este abuso o desviación del poder público en provecho de un particular es lo que se conoce como corrupción. El adjetivo “estricto”, por su parte, es reflejo positivo de la gravedad y de la importancia de este principio constitucional de ética pública, que no deja márgenes de holgura y que exige a la persona ajustarse enteramente sin que existan flancos libres (STC Rol 1.413, cc. 13º y 14º).



Como parte de las Bases de la Institucionalidad, este principio cardinal de nuestro Derecho público constituye un mandato expreso para toda persona que ejerce funciones públicas y que está dotado de fuerza obligatoria directa (SSTC 46 c. 21º) merced de lo dispuesto en el artículo 6º, inciso 2º, de la Constitución. Esta última disposición hace que también sea un deber de no interferencia para los particulares que, si bien no están en la posición jurídica de obedecer deberes funcionarios, pueden verse interesados en que el responsable de ejercer la función pública descamine su conducta y se aparte de la juridicidad en su más amplio sentido.

Además de su carácter normativo directo, que hace de este principio una norma *decisoria litis*, las disposiciones de las Bases de la Institucionalidad cumplen una función hermenéutica en el sentido que también orientan la interpretación del resto del ordenamiento constitucional y legal. Como lo ha resuelto este Tribunal, deben consecuentemente descartarse interpretaciones que resulten contradictorias con los principios rectores de la Constitución (STC 1.185, c. 13º), deber que se entiende tanto para la hermenéutica constitucional como para la legal propiamente tal.

QUINTO: Vista desde un punto de vista sistémico, la corrupción constituye un fenómeno que afecta a la institucionalidad democrática, a los derechos humanos y a la confianza de la ciudadanía en las instituciones, la que se ve menoscabada (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Corrupción y Derechos humanos: estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 236, 6 de diciembre de 2019, párrs. 127-128). No es accidental que el artículo 4º de la Carta Democrática Interamericana señale que “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, *la probidad*, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa” (cursivas añadidas). De allí entonces el interés de la sociedad internacional por diseñar e implementar instrumentos internacionales específicamente credos para prevenir y combatir la corrupción.

Entre los acuerdos internacionales vigentes en Chile cabe mencionar, en orden cronológico, la Convención Interamericana en contra de la Corrupción (Decreto N° 1879 de 29 de octubre de 1998, Diario Oficial de 2 de febrero de 1999), la Convención contra el Cohecho a Funcionario Público Extranjero en Transacciones Comerciales Internacionales (Decreto Supremo N° 496 de 10 de octubre de 2001, Diario Oficial el 30 de enero de 2002), la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (Decreto Supremo N° 342 de 20 de diciembre de 2004, Diario Oficial de 16 de febrero de 2005) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Decreto N° 375 de 23 de noviembre de 2006, Diario Oficial el 30 de enero de 2007). Estos instrumentos, que fijan primariamente obligaciones para los Estados, establecen numerosos mecanismos para prevenir la corrupción entre los que corresponde destacar especialmente dos instrumentos relevantes para los efectos de la presente inaplicabilidad:

A) El establecimiento de códigos de conducta para funcionarios públicos con el objeto de perseguir el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas. Estos códigos de conducta, a la par de hacer previsibles las consecuencias de los actos de corrupción, fungen de catálogo de deberes expresos a los que debe dar cumplimiento estricto el funcionario o quien ejerza funciones públicas.



B) La adopción de “medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales” (Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 15, y en sentido muy similar la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, artículo 8 °).

La generación de códigos de conducta a partir de normas o recomendaciones internacionales en todo caso no es nueva. Para el caso de las policías baste recordar la existencia del “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979 (Res. 34/169), cuyo artículo 7º, con su correspondiente comentario, señalan:

“Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción. También se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán.

Comentario:

a) Cualquier acto de corrupción, lo mismo que cualquier otro abuso de autoridad, es incompatible con la profesión de funcionario encargado de hacer cumplir la ley. Debe aplicarse la ley con todo rigor a cualquier funcionario encargado de hacerla cumplir que cometa un acto de corrupción, ya que los gobiernos no pueden pretender hacer cumplir la ley a sus ciudadanos si no pueden, o no quieren, aplicarla contra sus propios agentes y en sus propios organismos.

b) Si bien la definición de corrupción deberá estar sujeta al derecho nacional, debe entenderse que abarca tanto la comisión u omisión de un acto por parte del responsable, en el desempeño de sus funciones o con motivo de éstas, en virtud de dádivas, promesas o estímulos, exigidos o aceptados, como la recepción indebida de éstos una vez realizado u omitido el acto.

c) Debe entenderse que la expresión ‘acto de corrupción’ anteriormente mencionada abarca la tentativa de corrupción”.

Esta última Resolución se encuentra disponible en el sitio institucional de Carabineros de Chile: https://derechoshumanos.carabineros.cl/assets/7_codigo_de_conducta.pdf, sitio en el que también se encuentra disponible el “Manual de Doctrina y Código de Ética de Carabineros de Chile” (edición de 2017, disponible en https://www.carabineros.cl/pdfs/Manua_de_Doctrina_y_Etical%202017.pdf), y cuyo artículo 23 se refiere específicamente a la probidad, en consonancia con el *Valor Institucional* N° 9, titulado como “Probidad” y comprensivo de la “honradez, integridad e incorruptibilidad en las acciones”. Similares contenidos se encuentran, por último, en el Reglamento de Disciplina de Carabineros (últimamente modificado



por el Decreto Supremo N° 1.592 de 15 de septiembre de 2014, Diario Oficial de 26 de marzo de 2015).

Las normas recién citadas constituyen el contexto normativo dentro del cual se incardinan las reglas sancionadoras de las distintas formas de corrupción y, sin que constituyan en sí mismas normas penales, ellas representan un marco de referencia obligado a la hora de interpretarlas y, como corresponde al instituto procesal de la inaplicabilidad, de escrutar sus efectos en función de la Constitución. Por otro lado, desde el punto de vista de los sujetos implicados en este tipo de delitos, estas normas habilitan expresamente al legislador para diseñar una política criminal que contemple sanciones tanto para quien ejerce la función pública corrompida como para quien promueve ese vicio institucional desde la actividad particular.

SEXTO: En este marco de principios constitucionales, normas internacionales y recomendaciones internacionales, se insertan, en el campo específico de la Administración del Estado, las disposiciones legislativas de desarrollo que, incluso desde antes que se constitucionalizara el principio de probidad, contiene la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y, en lo que refiere a la respuesta penal, distintas figuras delictivas, entre las que se cuentan los dos preceptos legales reprochados. Es del caso recordar que, en este punto, los dos preceptos legales reprochados fueron modificados por la Ley N° 21.121 (Diario Oficial de 20 de noviembre de 2018) cuyo título fue muy indicativo de su finalidad: “Modifica el Código Penal y otras normas para la prevención, detección y persecución de la corrupción” y cuya Moción de origen refiere expresamente a los tratados internacionales recién mencionados.

SÉPTIMO: En el plano específico de la Administración del Estado (de la cual forman parte las Fuerzas de Orden y Seguridad), la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales contiene, desde la reforma introducida por la Ley N° 19.253 (Diario Oficial de 14 de diciembre de 1999), un Título III completo dedicado a la probidad administrativa y un artículo 52, que después de referirse al deber de “dar estricto cumplimiento al principio de probidad administrativa”, define a éste como la obligación de “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

El Título III y sus disposiciones rigen la actuación de las policías desde la fecha de publicación de la Ley N° 19.253, esto es, desde hace más de dos décadas. En este sentido, la definición de probidad incorporada recientemente en el artículo 44 bis de la Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros por la Ley N° 21.247 (Diario Oficial de 16 de febrero de 2022) —ciertamente después de los hechos materia del proceso penal y de la sentencia dictada en la gestión judicial— es puramente reiterativa de lo ya ordenado por la Ley N° 18.575 desde el año 1999.

El artículo 53 de la Ley N° 18.575 desarrolla el contenido del interés general contenido en la definición de probidad, especificando que éste exige, entre otros, el ejercicio “recto y correcto” del ejercicio del poder. El párrafo cuarto de esta ley, dedicado a la responsabilidad y las sanciones por infracción del principio de probidad, contiene un catálogo de conductas —todas ellas aplicables al personal de las Fuerzas de Orden y Seguridad— que “contravienen especialmente” el principio de probidad administrativa.



Entre las conductas que contravienen el principio de probidad se incluyen, entre otras, “1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña” y “5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza”. Estas dos conductas, contenidas en una norma de aplicación general para la Administración del Estado, pueden comprenderse sin mayor esfuerzo en clave de mandatos de conducta y ser interpretadas como normas prohibitivas o deberes de cargo de contenido negativo.

Si la función constitucional y legal (Ley N° 18.961) de Carabineros de Chile es dar eficacia al Derecho (artículo 101 de la Constitución), garantizar y mantener el orden y la seguridad, prevenir la ejecución de delitos o vigilar las fronteras, es claro que esas funciones deben cumplirse con los estándares propios de la vereda opuesta a la corrupción y al abuso de poder. Por ello cabe reiterar, a propósito de los deberes recién transcritos, el *Comentario* del ya citado “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”: “Cualquier acto de corrupción, lo mismo que cualquier otro abuso de autoridad, es incompatible con la profesión de funcionario encargado de hacer cumplir la ley”.

III. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMAS LEGALES PUNITIVAS RESPECTO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

OCTAVO: El Sr. Contreras Montero fue condenado como autor de seis delitos consumados del cohecho previsto en el artículo 248 bis y como autor del delito consumado de soborno sancionado en el artículo 250 inciso 4° en relación con el artículo 248 bis del Código Penal. En estrados la defensa del Sr. Contreras Montero indicó que los preceptos reprochados no satisfacen el estándar constitucional de taxatividad, citando diversa jurisprudencia de este Tribunal y arguyendo que las normas impugnadas no permiten construir el núcleo de la conducta obligando a los jueces a “salir a buscar el núcleo esencial de la conducta, es decir la infracción de los deberes funcionarios, a normativa que no es de rango legal”. La defensa del Sr. Contreras Montero afirmó en estrados que el ejercicio que habría hecho el Tribunal Oral en lo Penal de Arica, para dotar de contenido el tipo penal, habría sido “estéril” porque la normativa de rango legal que ese Tribunal cita es “igualmente abierta” que el precepto legal impugnado y tampoco hay mención a norma reglamentaria que contenga el deber que se habría infringido en el caso concreto. Todo lo anterior no cumpliría con los estándares constitucionales necesarios para afirmar que el tipo penal satisface el principio de legalidad en todas sus expresiones y especialmente la exigencia *de lex certa*. Como se va a demostrar a continuación dichos reproches de constitucionalidad no son efectivos.

NOVENO: Respecto del funcionario público, es necesario señalar que el bien jurídico protegido por los delitos cometidos por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos suele ser identificado por la penalística moderna con “el correcto funcionamiento de la Administración pública” (Rodríguez, Luis y Ossandón, Magdalena, *Delitos contra la función pública*, Santiago, 2014, p. 101) o con “el ejercicio correcto de la función pública dentro de la legalidad” (Mir Puig, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, 2000, p. 226). En términos constitucionales esta rectitud del ejercicio de la función pública



está expresamente considerada dentro del deber “estricto” de probidad y del deber de los funcionarios de someter su actuar a la Constitución y a las leyes (artículos 8º y 6º constitucionales). En el campo específico de la función policial, el soborno constituye la forma culturalmente más “clásica” de corrupción y, como han señalado algunos comentaristas de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el soborno “no solo afecta el acto o decisión individual del funcionario público sino que también deteriora a las instituciones y —a largo plazo— a la arquitectura política en general” (Rose, Cecily, Kubiciel, Michael, Landwehr, Oliver, *The United Convention Against Corruption: A Commentary*, Oxford, 2019, p. 165).

DÉCIMO: Por sus evidentes referencias cruzadas, los preceptos legales impugnados no pueden interpretarse sino en estrecha conexión. En efecto, el tipo penal del soborno, contenido en el artículo 250 inciso 4º, se aplica al funcionario que consiente en recibir un beneficio “en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis”. Las acciones u omisiones de este último tipo penal —llamado cohecho pasivo agravado— consisten, a su turno, en solicitar o aceptar recibir “un beneficio económico, para sí o un tercero, con el objeto de omitir o por haber omitido un acto debido propio del cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo”. En términos simples, se trata de solicitar o aceptar un beneficio para omitir o por haber omitido un acto debido del cargo o bien para ejecutar o por haber ejecutado un acto antijurídico.

DÉCIMOPRIMERO: Esta Magistratura rechaza la objeción constitucional que han argumentado las partes y que consistiría en la imposibilidad de atribuir contenido a los deberes del cargo sin infringir el principio de legalidad y tipicidad penal. En efecto, la doctrina penal ha sostenido que el tipo penal del artículo 248 bis del Código Penal comprende dos expresiones de importancia fundamental, que son la fórmula “acto propio del cargo”, comprensiva solamente de la esfera de atribuciones del empleado, y la frase “con infracción a los deberes de su cargo” comprensiva de todos los niveles de deberes u obligaciones que posee el funcionario. Los actos debidos del cargo refieren por tanto, a los actos que el funcionario está habilitado para ejecutar de acuerdo a sus competencias, las que no pueden sino tener fuente constitucional o legal de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico. Sobre este punto el requerimiento no entrega mayores argumentos pues el reproche se dirige, más que a las competencias, a la forma en que éstas deben ejercerse en función de los deberes del cargo.

Los deberes del cargo, por su parte, van desde aquellos que son específicos del cargo hasta los que corresponden al imputado por el solo hecho de ser funcionario público (Oliver, Guillermo “Atipicidad del cohecho de empleado público para infringir deberes funcionarios genéricos?”, en Cárdenas, C. y Fredman, J., Coords., *El Derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago, 2016, pp. 811-812). De hecho, este autor considera y ejemplifica, como una forma de cohecho subsumible en el tipo penal del artículo 248 bis, justamente al caso del funcionario policial que solicita dinero a la víctima de un delito o admite dinero de ésta para retrasar le puesta del imputado detenido a disposición del juez (Oliver, Guillermo, “Atipicidad del cohecho...”, p. 810). Pues bien, los deberes expresa y exhaustivamente descritos en la Ley N° 18.575 y transcritos en el considerando 7º de esta sentencia constituyen obligaciones legales funcionariales que permiten a los dos preceptos impugnados cumplir con largueza las exigencias de tipicidad que impone la Constitución Política.



DECIMOSEGUNDO: Este Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse en numerosas oportunidades a los principios constitucionales que ordenan el ejercicio del *ius puniendi* en sede judicial y al modo en que ciertas leyes penales pueden infringir el principio de tipicidad al referir la conducta a hipótesis excesivamente abiertas. En primer lugar, este Tribunal ha afirmado que el principio de legalidad se traduce en un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y en un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona, excluyéndose completamente la aplicación de tipos penales por analogía (STC 1351, c. 23º), situación distinta a los tipos penales que admiten interpretaciones extensivas o restrictivas dentro de márgenes que sean razonables (STC 1.281 c. 9º).

En segundo lugar, se ha resuelto que la tipicidad exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal (la descripción medular a que se refiere la STC 306 c. 8º), de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia previa acerca de la conducta que les resultará exigible (STC 479, c. 25º).

En tercer lugar, la doble exigencia de legalidad y tipicidad no prohíbe la técnica legislativa del reenvío, no siendo óbice el que en virtud de una ley se hicieren aplicables penas o se hicieren referencias a conductas establecidas, unas u otras, en un cuerpo legal distinto y separado de aquélla. Sin embargo, esta remisión a otras normas sólo resultaría válida en materia penal, si las conductas sancionadas tuvieran una exacta e indubitada común descripción y las penas fueren precisamente determinadas por la referencia legal correspondiente, de manera que no fuere factible que las situaciones pudieren prestarse a desentendimientos ni confusiones. (STC 163, c. 10º). De allí entonces que en principio sean admisibles las leyes penales en blanco impropias, esto es, aquellas cuyo complemento se encuentra en una disposición normativa de igual jerarquía, cuando esa norma contiene el núcleo de la descripción típica y es complementada por otra, que determina de manera rigurosa el hecho penalmente castigado. Aun admitiendo una interpretación normativa del tipo, un precepto se ajusta a la CPR si contiene conductas bien delimitadas y que cumplen las exigencias constitucionales en materia de taxatividad, puesto que indican con bastante precisión cuál es el comportamiento que cada una de ellas trasunta. (STC 1351, cc. 28º y 32º).

DECIMOTERCERO: En el caso específico del incumplimiento de deberes, como elemento de un tipo penal, este Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse respecto de los estándares de escrutinio de la exigencia de tipicidad en diversos casos en que se acogieron requerimientos de inaplicabilidad (SSTC roles 781, 2.773, 3.637, 5.304 y 8.354), varios de los cuales tienen su origen en gestiones judiciales que perseguían la responsabilidad penal de funcionarios de Carabineros de Chile (SSTC roles 781, 5.304 y 8.354).

En el fallo más reciente, la sentencia de declaración de inconstitucionalidad del Nº 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar, este Tribunal reprobó un tipo penal que operaba mediante referencias a “obligaciones que se encuentran en los diversos reglamentos de las instituciones del orden militar, conforme a lo cual abiertamente hace que el tipo penal no se baste a sí mismo, lo que redundaría en que incumpla el mandato constitucional de taxatividad que dispone el inciso noveno, del numeral tercero, del artículo 19 constitucional” (STC 12.305, c. 24º). Allí señaló esta Magistratura que “descrito el marco jurídico relativo al significado y alcance de



dichos deberes, cabe reiterar que la norma jurídica del orden penal referido, no se encuentra en concordancia con lo consagrado en el inciso final, del numeral tercero, del artículo 19 constitucional, al omitir la conducta central en el tipo, reenviándola a reglas de inferior rango, las cuales, además, admiten una interpretación discrecional que en materia penal constitucional no es tolerable. Por lo cual, la disposición legal incumple el mandato de taxatividad que dispone la citada norma fundamental” (c. 32°).

DECIMOCUARTO: Más allá del desarrollo reglamentario del deber de probidad administrativa en la normativa interna de Carabineros de Chile (*vid.* la citada ejemplarmente *supra*, considerando quinto), la definición legislativa expresada en la Ley N° 18.575 —que se encuentra vigente desde 1999— hace claro que en el presente caso la definición del deber se encuentra íntegramente cumplida mediante un ejemplo de colaboración normativa entre la legislación penal y la legislación administrativa. En efecto, los deberes (i) de no usar en beneficio de terceros la información que no es pública y a la que se tuviere acceso en razón de la función pública (como lo son, por ejemplo, los horarios y lugares de patrullaje), o (ii) de no solicitar, hacerse prometer o aceptar donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza, constituyen descripciones legislativas de deberes lo suficiente explícitas como para entender por expresamente descritas las conductas sancionadas, en el caso concreto, por el artículo 248 bis y por el artículo 250, ambos del Código Penal.

IV. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LEGALES PUNITIVAS RESPECTO DEL SOBORNANTE

DECIMOQUINTO: Dado que el requirente de fojas 1 no se encuentra en la misma posición jurídica del funcionario que se ha hecho parte a fojas 448 ha parecido conveniente hacerse cargo de sus reproches de constitucionalidad de forma parcialmente separada. En efecto, según consta en la sentencia acompañada a fojas 416, el requirente Sr. Mita Apaz ha sido condenado por su responsabilidad “como autor de dos delitos consumados de soborno previsto y sancionado en el artículo 250 inciso 4° en relación al artículo 248 bis del Código Penal”. Con relación a estos preceptos legales, el requirente formula básicamente dos reproches: por una parte la norma penal no se bastaría a sí misma y, por otra parte, ella habilitaría un ejercicio discrecional por parte de la judicatura para determinar cuáles son los deberes que se habrían incumplido mediante el soborno. Este ejercicio discrecional consistiría en la “construcción intelectual de deberes específicos, a partir de principios o deberes generales de la institución de Carabineros (N° 18.961)” (fojas 13). En el mismo sentido, se señala que “esta discrecionalidad judicial que fue ejercida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica y que permitirían las normas impugnadas, constitucionalmente inaceptable, se ve realizada cuando las normas penales en comento son aplicadas frente a un ciudadano común, **quien no se encuentra en condiciones de saber el complejo estatuto de deberes concretos al que está sujeto un funcionario específico en razón de su cargo**, y que, probablemente, sean determinados de manera posterior, en específico durante la acreditación en un proceso judicial concreto” (fojas 14, destacado en el original). Con relación a todas estas argumentaciones, esta Magistratura procederá a rechazarlas en su totalidad, reiterando que no corresponde a esta Tribunal pronunciarse específicamente sobre la suficiencia o insuficiencia de la fundamentación de la



sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica en cuanto se refiere a los fundamentos legales de los deberes incumplidos.

DECIMOSEXTO: Con relación al carácter abierto de las normas legales impugnadas se estará a lo ya razonado en los considerandos 11º al 14º para rechazar los argumentos expuestos por el requirente Sr. Mita Apaz: los deberes concretos del cargo están expresa y suficientemente descritos en la legislación administrativa como para que el tipo penal por el cual ha sido sancionado el requirente cumpla con holgura las exigencias constitucionales de tipicidad y legalidad en la forma en que han sido comprendidas por este Tribunal. Lo anterior es, al menos en los casos de corrupción de las policías, coherente con una política criminal común en toda la región y en los países que limitan con nuestro país (en particular es el caso del artículo 258 del Código Penal argentino, el artículo 398 A del Código Penal peruano y del artículo 158 del Código Penal de Bolivia, país del cual es nacional el requirente de fojas 1).

DECIMOSÉPTIMO: Con relación al argumento según el cual el requirente “no se encuentra en condiciones de saber el complejo estatuto de deberes concretos al que está sujeto un funcionario específico en razón de su cargo”, es preciso clarificar preliminarmente que si bien el particular sobornante no está directamente sujeto a deberes funcionarios, es claro que tanto la figura del artículo 248 bis como la del artículo 250 protegen el funcionamiento correcto o íntegro de todo órgano que ejerza funciones públicas, bien jurídico que no solo comprende la probidad sino también la imparcialidad de la Administración, la servicialidad del Estado y la sumisión de sus titulares a la legalidad. La correcta ejecución de la actividad de servicio público, libre prácticas desviatorias de la finalidad pública, es el bien jurídico común que la doctrina moderna identifica en las figuras de cohecho (Rodríguez, Luis y Ossandón, Magdalena, *Delitos contra la función pública*, cit., p. 330). En este sentido, para el particular que ofrece la dádiva o acepta entregarla, el bien jurídico que sustenta el delito que lo castiga no es el cumplimiento de un deber funcional —que no le resulta exigible— sino, como indica Muñoz Conde, el respeto debido por parte del particular al correcto funcionamiento de los órganos estatales (Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal*, Valencia, 2010, p. 1026).

DECIMOCTAVO: Para el particular que comete el delito de soborno, que carece de deberes funcionarios pero que no deja de tener deberes para con la Constitución, es irrelevante el mayor o menor grado de conocimiento que posea respecto del detalle y de las fuentes normativas de los deberes del cargo a que se refieren los preceptos legales impugnados. Quien da, ofrece dar o consiente en dar un beneficio, económico o de otra naturaleza, a un funcionario para que se omita o porque se ha omitido un acto debido, o para que se haga algo indebido, quebranta no solo la ley penal sino que también el imperio de la Constitución y de la ley. Esta conducta interfiere con el ejercicio de la función pública, sea porque atenta contra el deber estatal de servicialidad imparcial (artículo 1º de la Constitución), porque promueve la vulneración de la juridicidad (artículos 6º y 7º de la Constitución) o el quebrantamiento de la probidad (artículo 8º de la Constitución). Es en ese quebrantamiento de la legalidad donde reside la razón de la agravación de responsabilidad en el caso del artículo 248 bis y por eso la doctrina señala que “la conducta del funcionario que omita un acto debido propio de su cargo o que ejecuta un acto con infracción a los deberes de su cargo, para obtener una ventaja, parece más grave que la del empleado que pretende conseguir una ventaja a través de la ejecución de un acto debido propio de su cargo. La mayor gravedad del primer



comportamiento se explica porque en el funcionario pretende lograr un beneficio dejando de cumplir con sus deberes, a diferencia de lo que ocurre en el segundo, en el cual busca obtener una ventaja para cumplir con sus deberes. Ésa es la razón por la que el legislador sanciona más severamente la primera conducta” (Rodríguez, Luis y Ossandón, Magdalena, *Delitos contra la función pública*, cit., p. 340).

Es claro, entonces, que en este tipo de delitos pluripersonales no se pueden trasladar al particular, sin más, las garantías formales de conocimiento de los deberes del funcionario público que este Tribunal ha configurado en su jurisprudencia previa (*vid. supra* considerandos 12º-13º). Extrapolar al requirente esos razonamientos haría muy difícil o imposible la penalización de un delito como el cohecho activo o soborno, que no solo es de interés nacional, sino que además compromete la responsabilidad del Estado frente a más de una convención internacional para la prevención de la corrupción. De allí que, en este tipo de conductas cobra relevancia el mandato contenido en el artículo 6º inciso 2º de la Constitución Política, deber dirigido a toda persona, nacional o extranjera, en términos similares a la fórmula contenida en el artículo 22 inciso 1º de la Constitución (dirigido a todo “habitante de la República”). De acuerdo con el primero de estos preceptos constitucionales (“los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos *como a toda persona institución o grupo*”), “toda persona” está obligada a respetar la institucionalidad y en particular está obligada a no interferir con el ejercicio de la función pública atribuida por la Constitución a las Fuerzas de Orden y Seguridad, artículo 101 inciso 2º, en cuanto dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior.

Por todas las consideraciones anteriormente expuestas no cabe sino estimar que los preceptos contenidos en los artículos 248 bis, inciso 1º, y 250 incisos 1º y 4º, ambos del Código Penal no producen un efecto contrario a la Constitución en los términos del artículo 93 N° 6 de la Constitución.

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:

- 1) QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES.**
- 2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE.**
- 3) QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

PREVENCIÓN



El Ministro señor RODRIGO PICA FLORES concurre a lo resuelto teniendo además presente las siguientes consideraciones de rechazo del requerimiento:

I. DE LAS FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA EN EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL CHILENO

1°. Que, en la historia constitucional es posible observar que desde antigua data se han contemplado normas tendientes a determinar la naturaleza, funciones, características a que se encuentran sujetas las Fuerzas Armadas como las de Orden y Seguridad Pública.

2°. Que, en el texto constitucional actualmente vigente, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, integradas por Carabineros e Investigaciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 101 de la Constitución, constituyen la Fuerza Pública que existen para dar eficacia al derecho, garantizar el Orden Público y la seguridad pública interior, integrándose con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional del país.

3°. Que, es importante destacar que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, así como las Fuerzas Armadas son órganos dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional y Seguridad Pública, según el caso. Referencia que es trascendental, pues da cuenta de la subordinación del poder militar y del poder policial al poder civil, en tanto sus metas, propósitos y funciones se enmarcan dentro de las decisiones de Estado, las cuales son adoptadas por la Autoridad Civil conforme a lo establecido en el artículo 24 de la Carta Fundamental, pues el Gobierno y la Administración del Estado corresponden al Presidente de la República.

4°. Que, la Constitución actualmente reconoce la necesidad y regulación de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública en diversas disposiciones del Estatuto Constitucional, que se reproducen en lo pertinente:

- Artículo 1, inciso quinto:

“(...) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

- Artículo 19 N° 3:

“La Constitución asegura a todas las personas (...)” “3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos (...)”.

- Artículo 24 de la Constitución:

“El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado.

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del Orden Público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y leyes (...)”.

- Artículo 32 N° 16:



“Son atribuciones especiales del Presidente de la República (...)” “(...) 16° Designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105”.

- Artículo 57 N° 10:

“No pueden ser candidatos a Diputados y Senadores (...)” “10) Los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones y los oficiales pertenecientes a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (...)”.

- Artículo 83:

“(...) El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación (...)”.

- Artículo 101:

“Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”.

5°. Que, las normas precedentemente expuestas son el corolario de la obligación que compete al Estado, autoridades, órganos y a cada uno de los habitantes respecto a la relevancia que han dado a la integración, coordinación y protección de las actividades que se desarrollan en el país, así como de los bienes que se quieren proteger, en atención al potencial social, económico, político y cultural que se debe resguardar con el objeto de promover el cuidado, orden y respeto del bien común. En este contexto, las Fuerzas de Orden y seguridad Pública, al igual que las Fuerzas Armadas, son garantes del Orden Institucional, lo que no obsta a que deba cumplir con las cargas y responsabilidades propias de la función pública que desempeñan, en el mismo plano que los demás órganos del Estado, en especial el principio de probidad del artículo 8° de la Constitución Política.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FUNCIONARIOS QUE INTEGRAN LAS FUERZAS DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA:

6°. Que, *“Carabineros de Chile es una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley. Dependerá directamente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y se vinculará administrativamente con éste a través de la Subsecretaría del Interior. Carabineros se relacionará con los Ministerios, Delegaciones Presidenciales Regionales, Delegaciones Presidenciales Provinciales y demás autoridades*



Regionales, Provinciales o Comunales, por intermedio de la Dirección General, Altas Reparticiones, Reparticiones y Unidades, según corresponda.

Derivado de las particulares exigencias que imponen la función policial y la carrera profesional, los organismos y el personal que las desarrollan, así como sus institutos de formación profesional, se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva” (Artículo 1º, Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros).

7º. Que, en este sentido, para determinar la calidad jurídica del personal de Carabineros debe tenerse presente son funcionarios públicos las personas que desempeñan funciones para un servicio u órgano de la Administración del Estado, con excepción de aquellos que prestan servicios mediante un convenio de honorarios.

8º. Que, en Chile impera un sistema estatutario que se articula sobre la base de principios que provienen del Derecho Administrativo. En este sentido, el artículo 38 de la Constitución, permite distinguir cuatro principios que son los determinantes en esta materia y que por mandato constitucional deben ser regulados mediante una Ley Orgánica Constitucional para asegurar el desempeño de la función pública:

- la administración técnico-profesional,
- igualdad para el ingreso,
- igualdad para la capacitación y perfeccionamiento,
- responsabilidad funcionaria.

En tal orden, además la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establece los principios de probidad, de jerarquía, de dignidad y de apoliticidad.

EL PRINCIPIO DE PROBIDAD PERMEA A TODOS LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO:

9º. Que, el año 2005 el legislador completó el contenido del artículo 8º de la Constitución Política de la República, estableciendo en dicha norma, los principios de probidad y publicidad que rigen los Actos de los órganos del Estado.

“(…) El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes”.

10º. Que, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 1º inciso segundo, establece que la

Administración del Estado está conformada, entre otras, por las Fuerzas de Orden y



Seguridad Pública. Así, en coherencia con lo previamente expuesto, la denominación “función pública”, a la que se hacía previamente referencia, implica un mandato que ha sido dotado de contenido por el derecho administrativo. De esta forma, “(...) la *Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*, ha definido a la probidad de la siguiente manera “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular” (Ver en este sentido, Boletín N° 12354-25, Sesión N° 122, de fecha 08 de enero del 2019, que Modifica el Estatuto del Personal de Carabineros de Chile para incorporar normas de protección en favor del funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad).

11°. Que, en virtud de lo anterior, desde ya es posible evidenciar que los funcionarios que integran la Institución, en cualquier grado, nivel o jerarquía, deben mantener una conducta recta e intachable en el desempeño funcionario.

12°. Que, las conductas que infringen el principio de probidad administrativa se encuentran descritas en el artículo 62 de la Ley N° 18.575, en la cual es posible destacar desde ya que contraviene al principio de probidad Administrativa “1. 1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña (...) 5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza”.

13°. Que, en los delitos funcionarios, en principio, el autor debe cumplir con un requisito básico para ser punible, cual es el de tener la calidad de funcionario público, ya sea porque la conducta penada solo puede ser cometida teniendo dicha calidad o porque la legislación ha querido crear figuras delictivas agravadas o privilegiadas por la relevante función que cumplen los empleados públicos.

14°. Es dable entonces dar por sentado que uno de los deberes esenciales de todo funcionario estatal es el de no cometer delitos en el ejercicio del cargo, pues está sometido a la ley. Además, y en específico, una de las consecuencias obvias y necesarias del principio de probidad es que uno de los deberes propios del agente público será el no cobrar sobornos ni nada parecido a cambio de información del ejercicio del cargo, o simplemente de hacer la vista gorda en el cumplimiento de sus funciones. En tal sentido, ante el incumplimiento de obligaciones de los funcionarios policiales, el artículo 36, inciso segundo de la LOC de Carabineros establece que “*El personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determine el Reglamento de disciplina, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle*”.

15°. Que, sin perjuicio de ser la tipificación específica una cuestión de atribuciones del juez del fondo, debe tenerse presente que “*el Bien Jurídico protegido en los delitos especiales tipificados en relación al desempeño de los cargos por funcionarios públicos, es el proteger el recto ejercicio de la función pública, comprendiendo las funciones administrativas, legislativas y judiciales, frente a la cual los funcionarios tienen un deber especial, atendida la naturaleza de los cargos que poseen y las consecuencias que pueden derivarse de sus actos, en los que se afecta el bien común*”(Secretaría General de la Presidencia. Conceptos generales Sobre los Delitos Funcionarios. Documento Técnico N° 91 (2016). Recuperado

de: <https://www.auditoriainternadegobierno.gob.cl/wpcontent/uploads/2015/06/DOCUMENTO-TECNICO-91-CONCEPTOSGENERALESDELITOS-FUNCIONARIOS.pdf>). Es decir, el cobrar coimas en el ejercicio del cargo es parte inherente de lo que desde el año 2005 es el principio constitucional de probidad



16°. Adicionalmente a las normas penales comunes, las policías tienen por finalidad dar eficacia al derecho, y enfrentar el fenómeno delictivo en el marco del Estado de Derecho, y en el marco del principio de probidad del artículo 8° de la Constitución, resaltándose que cobrar exacciones ilegales por no ejercer sus potestades o para beneficiar a infractores de ley es todo lo contrario.

17°. Así, resulta sencillo y evidente dar por establecido que el no cobrar coimas a terceros por prebendas asociadas al ejercicio del cargo es un deber esencial asociado a la función pública, y más aún a la policial, que además está incluido dentro de los propios del principio de probidad en el ejercicio de funciones públicas, todo lo cual cobra aún mayor relevancia al constatar que la actividad policial goza del posible uso de la fuerza frente al ciudadano.

18°. Así, no resulta sensato sostener que se estaría frente a una violación de la garantía constitucional de la lex certa al sancionar a un funcionario por cobrar lo que vulgarmente se llama “coima”, menos si además del tipo cuestionado el Código Penal sanciona además dichas conductas en otros tipos como los de exacciones ilegales 147, 157 y 241 del Código Penal.

Redactó la sentencia el Suplente de Ministro señor MANUEL NÚÑEZ POBLETE, y la prevención, el Ministro señor RODRIGO PICA FLORES.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 13.214-22 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 Rodrigo Patricio Pica Flores, señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz y Suplente de Ministro señor Manuel Antonio Nuñez Poblete.

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

0000518
QUINIENTOS DIECIOCHO



8F8F0996-4289-4891-9126-C184BCB7545A

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalconstitucional.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.