



2021

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

---

**Sentencia**

**Rol 10.012-21-INA**

[5 de agosto de 2021]

---

**REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL  
ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL**

**VISTOS:**

**Introducción**

A fojas 1, Luis Alberto Ojeda Vargas deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 2001217158-8, RIT N° 1703-2020, seguido ante el Juzgado de Letras y Garantía de Puerto Aysén, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, por recurso de nulidad, bajo el Rol N° 389-2020 (Penal).

**Precepto legal cuya aplicación se impugna**

*“Código Penal*

*(...)*

*Artículo 318. “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.”*

**Dicho artículo, después de la modificación introducida por la Ley N° 21.240, publicada el día 20 junio de 2020, actualmente señala:**



**Artículo 318.** *“El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.*

*Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.*

*En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado.”.*

### **Antecedentes y síntesis de la gestión pendiente**

El Juzgado de Letras y Garantía de Puerto Aysén dictó sentencia condenatoria en procedimiento simplificado, aplicando pena de multa, pero recalificando a falta del artículo 495 N° 1 del Código Penal, encontrándose pendiente ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público.

### **Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**

En cuanto al conflicto constitucional, la parte requirente afirma que la aplicación del precepto cuestionado en el caso concreto importa la infracción de los artículos 19 N° 2, inciso segundo, y N° 3, incisos primero, sexto, octavo y noveno de la Constitución Política, dando por vulnerados en la especie los principios de legalidad y de tipicidad, así como el principio de igualdad ante la ley, el debido proceso y el principio de proporcionalidad de las penas.

Así, se postula que el artículo 318 del Código Penal deja el núcleo de la conducta abandonado a una regla infralegal al no indicar el tipo penal los datos que nos permitan desprender de su sola lectura los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva que se sancionan.

Al señalar el artículo 318 que “el que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...”, se está dejando claramente el núcleo esencial de la conducta a una norma de rango infralegal, en el caso concreto, meras resoluciones exentas dictadas por el Ministerio de Salud, siendo así el artículo 318 una norma penal en blanco propia, esto es, que necesita remitirse a otra norma para ser complementada, y consecuentemente la conducta a la que hace referencia la norma es claramente indeterminada y puede tener múltiples formas en razón de los reglamentos higiénicos o de salubridad y sus modificaciones; lo que abiertamente contraría el principio de legalidad dispuesto en la Carta Fundamental, apareciendo



como evidente que el artículo impugnado no describe una conducta que satisfaga las exigencias constitucionales de lege scripta y certa.

Asimismo, el precepto cuestionado es contrario al principio de proporcionalidad de las penas, integrante de la garantía del derecho a un procedimiento y a una investigación racionales y justos, establecido en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. En efecto, el principio de proporcionalidad de las penas, definido como adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, junto con encontrar su fundamento en la noción de Estado de Derecho y en la dignidad de la persona humana, se encuentra reconocido también en la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos del mismo artículo 19 N° 3 constitucional, y manifestado en la prohibición de exceso en la reacción punitiva del Estado, como opera en la especie en que el Ministerio Público goza de un margen de discrecionalidad demasiado amplio en cuanto al procedimiento y a la pena posiblemente aplicable, lo que afecta la seguridad jurídica además del principio de razonabilidad y la igualdad ante la ley.

### **Tramitación**

El requerimiento fue admitido a trámite y declarado admisible por la respectiva Sala del Tribunal, misma que ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión judicial invocada.

Conferidos los traslados de fondo a las demás partes y a los órganos constitucionales interesados, fueron formuladas observaciones sobre el fondo por el Ministerio Público, instando por el rechazo del libelo de inaplicabilidad.

### **Observaciones del Ministerio Público**

El Ministerio Público solicita que el requerimiento sea rechazado en todas sus partes.

Indica que los preceptos penales que establecen sanciones no contienen parámetros de determinación de la pena, ni les es exigible que los contengan, desde que se contienen en otra preceptiva del mismo Código Penal. Sin perjuicio de ello, un examen concreto en torno al principio de proporcionalidad y la igualdad ante la ley, debe considerar que en algunos casos concretos se ha solicitado por el Ministerio Público el mínimo de las penas posibles, esto es, multa de 6 unidades tributarias mensuales, lo que evidencia que en el requerimiento se formula una crítica abstracta y teórica, ajena al control concreto propio de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Hace presente además el Ministerio Público su autonomía constitucional para ejercer en su caso una acusación y requerir una pena, pero es finalmente el tribunal competente el que está dotado de facultades para imponerla, de modo que en la especie no se vislumbra infracción alguna al principio de proporcionalidad.

Y, en lo concerniente a la alegación de que se trataría de una ley penal en blanco, y a la infracción del principio de legalidad, señala que resultan constitucionalmente admisibles, siguiendo la jurisprudencia de esta Magistratura, las 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, con descripción del núcleo esencial de la conducta, como acontece en la especie, donde hay un reenvío a las reglas que dicte la autoridad, pero, el núcleo de la conducta está descrita y acotada con todos sus elementos en el propio precepto legal, ajustándose así a los parámetros constitucionales de taxatividad.

### **Vista de la causa y acuerdo**

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 30 de junio de 2021, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator, quedando adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia con la misma fecha.

### **Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.** Este y otros requerimientos impugnan la aplicación del artículo 318 del Código Penal en procesos penales seguidos contra personas que habrían infringido diversas resoluciones exentas de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, por las cuales se disponen restricciones de conducta a los individuos debido a la pandemia por COVID-19.

Desde marzo de 2020 se han dictado cerca de un centenar de resoluciones administrativas que establecen medidas sanitarias, las cuales van cambiando sus condiciones de aplicación y cumplimiento según la voluble evolución de la pandemia y de las estrategias para su contención y superación. Este dinamismo en la formulación de reglas de conducta ha ido acompañado de disímiles y cambiantes estrategias de implementación y, entre ellas, de persecución. No existen reglas expresas que orienten la actividad persecutoria. A veces se recurre sólo a la vía administrativa. En otras ocasiones -en forma alternativa o adicional- se opta por la persecución penal. A su vez, en este último ámbito, también es posible advertir variabilidad en las estrategias procesales. La judicatura, por su parte, debe abordar variadas clases de conducta respecto de las cuales ha de aplicar un tipo penal de contornos muy poco definidos. Por su parte, los individuos deben hacer frente a una vorágine de estímulos, entre éstos, la amenaza de que se les aplique una sanción penal por conductas concretas que ni siquiera el legislador ha conocido previamente.

**SEGUNDO.** Este Tribunal no cuestiona el contenido de las medidas sanitarias adoptadas por la autoridad. Tampoco discute las potestades del Ministerio de Salud para regular el comportamiento de las personas en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, ni que -en general- el legislador tenga la potestad para establecer que ciertas



conductas que puedan eventualmente atentar contra la salud pública constituyan un delito. Lo que esta Magistratura reprocha es que la contravención de las diversas reglas que la autoridad sanitaria ha estado disponiendo sean consideradas como delito sancionable penalmente. Y lo hace por considerar que el inciso primero del artículo 318 del Código Penal no describe expresamente una conducta, tal como lo exige el artículo 19, N° 3°, inciso noveno, de la Constitución. Por esto y por las circunstancias descritas en el párrafo anterior, la aplicación de la ley penal impugnada favorece una aplicación arbitraria o discrecional del derecho, con la consiguiente indefensión de las personas a las que se les quiere aplicar dicho precepto.

La vulneración a la disposición constitucional aludida previamente es una alegación común a todas las acciones de inaplicabilidad recaídas sobre dicha norma penal, las que, como ocurrirá en este caso, serán acogidas por este Tribunal.

#### I.- LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

**TERCERO.** El artículo 19, N° 3°, inciso 9° o final de la Constitución asegura a todas las personas que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Esta regla que, junto con la del inciso octavo, consagra a nivel supra-legal (constitucional) lo que en términos más generales se conoce como principio de legalidad, constituye una garantía limitadora con que cuenta toda persona frente al ejercicio de la potestad del Estado para sancionar penalmente conductas.

Más allá de la usual comprensión de dicha garantía como límite formal y material\*, o de la habitual distinción entre ley penal en blanco propia o impropia†, lo relevante es tener presente que infringe la preceptiva constitucional aquel precepto legal que no describa el núcleo esencial de la conducta prohibida, dejando entregada su determinación a normas de rango infra-legal, o al libre arbitrio del juez o del Ministerio Público.

El que la conducta punible deba estar expresamente descrita en una disposición legal, aunque no sea de modo completo‡, amerita no olvidar cuál debe ser la norma principal y cuál la accesoria a la hora de definir la esencia del comportamiento sancionable (esto es, aquello que se puede o no se puede hacer). La preeminencia o superioridad la debe tener una norma de rango legal respecto de una de rango formalmente inferior y no a la inversa, como ocurre con el artículo 318 del Código Penal, según lo explicaremos. La norma infra-legal a la cual la ley hace remisión ha de limitarse a un rol accesorio

---

\* Ver, entre otras, la STC 1351, c. 23; STC 2615, c. 27; STC 2738, c. 4; STC 2744, c. 8; STC 2773, c. 10; STC 2983, c. 17; y STC 4476, c. 11.

† Ver, entre otras, la STC 468, cc. 1-6 y STC 8354, cc. 18 y ss.

‡ No fue recogida la propuesta de la Comisión de Estudios para la Elaboración de una Nueva Constitución (Comisión Ortúzar), cuyo texto exigía “(...) que la conducta que se sanciona esté expresa y **completamente** descrita en ella”.



consistente, a lo más, en complementar la conducta a través de la definición de aspectos accidentales (es decir, no esenciales o de contexto).

II.- EL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL NO DESCRIBE EXPRESAMENTE UNA CONDUCTA.

**CUARTO.** Dicho precepto legal castiga a aquel *“que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”*. No puede entenderse que una conducta delictiva se encuentra descrita si no es en función de aquello que se puede o no se puede hacer. Una lectura atenta del tipo penal permite advertir que no se indica en éste cuál es el comportamiento específico que tiene la aptitud para provocar el resultado de *“poner en peligro la salud pública”* en un determinado contexto (*“en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”*). Contrario a lo que la Constitución prescribe, el legislador ha delegado el establecimiento de la conducta en la autoridad administrativa, a quien ha habilitado para que -con posterioridad- dicte *las reglas higiénicas o de salubridad* susceptibles de *infracción*.

La técnica utilizada para configurar el delito da cuenta, en estos casos, de la primacía o centralidad de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud en la definición de la conducta infraccional específica a través de resoluciones exentas. En este sentido, el precepto legal (artículo 318) sólo describe expresamente aspectos no esenciales o de contexto que operan como condición o limitación externa a los numerosos, variados y cambiantes comportamientos exigidos o prohibidos que contienen las medidas sanitarias para combatir la pandemia.

En otras palabras, el tipo penal se ha estructurado de forma tan defectuosa, que comete una ilegalidad penal sancionable quien incurre en una ilegalidad administrativa, y comete este último tipo de ilícito aquel cuya conducta infringe lo prescrito en una resolución exenta de la autoridad sanitaria (regla infra-reglamentaria). Recuérdese que para la mayoría de las conductas que pretenden sancionarse penalmente se encuentra disponible, también, la vía administrativa.

**QUINTO.** No obstante, surge la siguiente interrogante: ¿No es acaso razonable que el legislador quiera que ante eventos catastróficos imprevistos sea la autoridad sanitaria la que defina las clases de comportamientos que resulta conveniente prohibir? Ciertamente y no debe olvidarse, en primer lugar, que existen diversas herramientas disponibles para regular conductas. Cabe la pregunta, entonces, de si se puede, en principio, recurrir a la herramienta penal. La respuesta es que sí se puede, pero no de esta forma. Lo que no resulta constitucionalmente admisible es colocar a disposición de la autoridad sanitaria, de manera abierta -tal como ocurre en este caso-, el específico recurso de la pena.

**SEXTO.** El solo reconocimiento de que no es posible para el legislador prever anticipadamente las conductas que ameritan ser restringidas (recurriendo para



ello a las determinaciones de la autoridad sanitaria), las que, obviamente, no conoce *ex ante*, constituye una demostración lógica de la total delegación presente en el tipo penal.

Es al legislador a quien le corresponde valorar las conductas que merecen ser castigadas con una pena. Resulta evidente que las conductas reguladas *ex post* por la autoridad sanitaria (numerosas, variadas y fluctuantes) no han sido objeto una valoración específica. ¿Por qué es el legislador a quien se le pide que ejerza esa función? Porque en tal rol está representando a la sociedad sobre las cuales han de aplicarse eventualmente.

**SÉPTIMO.** Esta perspectiva pone de manifiesto que la garantía constitucional de legalidad penal se sustenta en una distribución (separación) de funciones entre autoridades (poderes), en que el poder legislativo es quien tiene la representación plural directa de la sociedad y, por ende, la legitimidad para el ejercicio del *ius puniendi*.

**OCTAVO.** Hay que tener presente que la determinación de la conducta incriminada ni siquiera puede ser objeto de delegación por parte del legislador al Presidente de la República en la forma de un Decreto con Fuerza de Ley (DFL). De acuerdo al artículo 64, incisos primero y segundo, de la Constitución no es posible delegar una materia de ley como ésta por medio de un DFL, toda vez que dicha facultad no puede extenderse a materias comprendidas en las garantías constitucionales.

**NOVENO.** Podría, quizás, pensarse que la declaración de Estado de Catástrofe marca una diferencia. Sin embargo, esto no es así. La regulación constitucional sobre Estados de Excepción no proporciona sustento alguno para que una autoridad administrativa o de gobierno pueda ejercer funciones propias del legislador, como la facultad de incriminar a través de la definición de conductas punibles. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43, inciso tercero, el estado de catástrofe sólo faculta al Presidente de la República para “*restringir las libertades de locomoción y de reunión (...) disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad (...)*”. La garantía de legalidad penal escapa a las posibilidades que brinda el mencionado estado de excepción constitucional. No es casualidad que para reforzar la respuesta penal del Estado ante la pandemia haya tenido que recurrir al Congreso (legislador), para hacer ajustes al artículo 318 (constitucionalmente insuficientes) y crear dos nuevos delitos (el 318 bis y 318 ter).

**DÉCIMO.** Repetimos, no está en duda la necesidad de que la autoridad sanitaria tenga flexibilidad en la regulación del comportamiento de las personas con el fin de disminuir los riesgos generados por una situación excepcional de catástrofe. Sin embargo, la autoridad administrativa no se encuentra legitimada para hacerlo por



medio de la amenaza de una sanción penal recurriendo a un precepto legal constitucionalmente defectuoso como el artículo 318 del Código Penal. Y si, aun existiendo otros instrumentos de control, el legislador decide recurrir a la vía penal para enfrentar una situación de emergencia, opción que no le está -en principio- vedada, deberá identificar las necesidades particulares temporales y describir las conductas incriminatorias correspondientes. Esto exigirá actuaciones legislativas ágiles y focalizadas. No cabe duda. Pero, ése es el precio que demanda el respecto de las garantías constitucionales que la Carta Fundamental asegura a todas las personas ante el poder punitivo estatal.

### III.- EL EXCESIVO NIVEL DE INDETERMINACIÓN DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL Y EL CONTEXTO EN EL QUE SE APLICA FAVORECE EL ARBITRIO DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y GENERA INSEGURIDAD JURÍDICA EN LAS PERSONAS.

**UNDÉCIMO.** Recordemos nuevamente que para dar cumplimiento a la regla dispuesta en el artículo 19, N° 3°, inciso final de la Constitución, el tipo penal debe describir los elementos esenciales de la conducta proscrita, pudiendo entregar a normas infra-legales dictadas por otras autoridades solamente la determinación de elementos secundarios o accesorios. Si esto no se cumple, se le estaría dando carta blanca a los órganos del sistema penal (el Ministerio Público y la judicatura penal) para que definan de manera ad-hoc y sin ningún tipo de limitación, qué comportamientos podrían ser perseguidos y sancionados como delito. Esto es lo que ha ocurrido en este caso. El alto grado de discrecionalidad que el defectuosamente construido delito le abre a dichos operadores al momento de su aplicación práctica, potenciado, además, por el fértil, variado y dinámico contexto normativo que ha caracterizado la actual situación de emergencia, da lugar a un escenario de elevada inseguridad jurídica para los habitantes de nuestro país.

Tal situación es incompatible con el mandato constitucional de legalidad material (determinación o tipicidad). Y si lo anterior se conjuga, además, como criterio de interpretación constitucional, con el estándar de racionalidad y justicia que ha de tener el funcionamiento del sistema punitivo estatal (artículo 19, N° 3°, inciso sexto), resulta todavía más palpable la falta de respaldo constitucional de que adolece la aplicación del artículo 318 del Código Penal.

**DUODÉCIMO.** Usando el lenguaje del artículo impugnado, a la fecha se han dictado cerca de un centenar de *reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio*. Estas resoluciones de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud disponen variadas restricciones de conducta, cuyas condiciones de aplicación y cumplimiento van fluctuando. Este dinamismo y volubilidad que se constata en la etapa de formulación de reglas ha ido acompañado de disímiles y cambiantes estrategias de implementación. A veces se recurre sólo a la vía administrativa. En otras ocasiones - en forma alternativa o adicional- se opta por la persecución penal. No existen reglas





expresas que orienten la actividad persecutoria del Ministerio Público en un escenario como el descrito. Éste puede elegir cualquier resolución sanitaria para, luego, imputar responsabilidad penal a todo aquel que considere que ha infringido tales reglas. Además, cuando ocurre esto último, el Ministerio Público canaliza el ejercicio de la acción penal a través -indistintamente- del procedimiento ordinario, del simplificado o del monitorio. El alto grado de indeterminación del tipo penal aludido no ha pasado desapercibido para la judicatura penal. Ésta, consciente de la falta de directriz que se ha generado para su aplicación, lo cual constituye un problema para el adecuado ejercicio de su función, también ha presentado requerimientos de inaplicabilidad ante esta Magistratura.

**DECIMOTERCERO.** A continuación, para ilustrar la diversidad y variabilidad de las medidas sanitarias contenidas en resoluciones exentas del Ministerio de Salud, transcribiremos partes de cuatro resoluciones exentas. Entre éstas es posible identificar algunas hipótesis perseguidas penalmente por el Ministerio Público y que constan en las causas de inaplicabilidad sometidas a conocimiento de este Tribunal.

-Resolución exenta N° 180, de 16 de marzo de 2020: [...] 1. Suspéndanse las clases en todos los jardines infantiles y colegios del país, por un periodo de dos semanas, a contar de hoy. 2. Prohíbanse los eventos públicos con más de 200 personas por un periodo de dos semanas, a contar de hoy. 3. Dispóngase que las personas que provengan de Irán, China, Alemania, Francia, España, Italia, Corea del Sur y Japón deben cumplir con medidas de aislamiento por 14 días. Asimismo, las personas que ya están sujetas a esta medida deben continuarla por el periodo que reste. 4. Dispóngase que las personas que hayan estado en contacto estrecho con una persona diagnosticada con Covid-19 deben cumplir con medidas de aislamiento por 14 días. Asimismo, las personas que ya están sujetas a esta medida deben continuarla por el periodo que reste. 5. Prohíbase las visitas a los Establecimientos de Larga Estadía de Adultos Mayores. [...] 7. Suspéndase todas las reuniones de clubes y uniones comunales de adultos mayores en el país [...].

- Resolución exenta N° 183, de 17 de marzo de 2020: [...] 2. Prohíbase la recalada en todos los puertos chilenos de cruceros de pasajeros, desde el 15 de marzo y hasta el 30 de septiembre. 3. Instrúyase al Servicio Nacional de Menores disponer el aislamiento de los establecimientos de su dependencia, desde el 15 de marzo y por 14 días [...].

-Resolución exenta N° 341, de 12 de mayo de 2020: [...] 1. Déjese constancia, que en materia de aislamientos y cuarentenas, deberá estarse a lo dispuesto en las resoluciones exentas Nos 334, 327 326, 322, 289, 261, 247, 227, 217 y 210 todas de 2020 del Ministerio de Salud, a sus complementos o modificaciones posteriores y a aquellas que le sirvan como antecedente. 2. Prohíbase a los habitantes de la República salir a la vía pública, como medida de aislamiento,



entre las 22:00 y 05:00 horas. Esta medida será ejecutada de acuerdo a las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional de las distintas regiones. Déjese constancia que la medida de este numeral comenzó a regir desde las 22:00 horas del 22 de marzo de 2020 y será aplicada por un plazo indefinido, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su suspensión. [...] 4. Se exceptúan de lo dispuesto en este acápite las personas que se encuentren en las circunstancias que se señalan en el Instructivo para permisos de desplazamiento del que trata el oficio N° 11.694, de 30 de abril de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Dicho instructivo contempla, además, las formas y condiciones para la obtención de los permisos de desplazamiento de aquellas personas exceptuadas.

-Resolución exenta N° 349 de 14 de mayo de 2020: [...] 1. Compléntese la resolución N° 341, de 2020, del Ministerio de Salud, con las siguientes medidas: a. Dispóngase el cierre de gimnasios abiertos al público, cines, teatros, pubs, discotecas, cabarés, clubes nocturnos y lugares análogos a los mencionados. b. Prohíbese la atención de público en los restaurantes, los que solo podrán expedir alimentos para llevar. [...] 5. Déjese constancia que las medidas dispuestas en esta resolución podrán prorrogarse si las condiciones epidemiológicas así lo aconsejan. 6. Déjese constancia que las resoluciones que disponen las medidas sanitarias que indican por brote de Covid-19 seguirán vigentes en lo que no fueran contrarias a esta resolución. 7. Déjese constancia que el incumplimiento de las medidas impuestas por la autoridad en virtud de esta resolución y de otras resoluciones que imponen medidas sanitarias serán fiscalizadas y sancionadas según lo dispuesto en el Libro X del Código Sanitario, así como en lo dispuesto en el Código Penal, cuando corresponda. [...].

**DECIMOCUARTO.** Así como el artículo 318 del Código Penal posibilita que el ente persecutor penal elija cualquiera de las numerosas, variadas y fluctuantes reglas de conducta contenidas en las resoluciones exentas emanadas del Ministerio de Salud, el nuevo inciso final del mismo precepto deja entregado al arbitrio del Ministerio Público la determinación del procedimiento a aplicar. En efecto, la opción por uno u otro procedimiento dependerá de la sanción que dicho órgano solicite (pena privativa de libertad, multa superior a 6 UTM o multa inferior a dicho monto), para lo que -nuevamente- carece de guía orientadora. La nueva norma no fija ningún parámetro de razonabilidad exigible al ente fiscal. Por lo mismo, como es fácil advertir, una potencial consecuencia de una situación como la mencionada es la ausencia de proporcionalidad.

El texto del nuevo inciso final del artículo 318 del Código Penal dispone lo siguiente: *“En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal*



*Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado”.*

**DECIMOQUINTO.** Por último, es importante subrayar que el vicio de constitucionalidad explicado más arriba no es subsanable por alguna supuesta persecución penal prudencialmente restringida por parte del Ministerio Público o una interpretación restringida del tipo penal por parte los tribunales ordinarios.

Sobre lo primero, hay que tener claro que las razones por las que se declarará la inaplicabilidad están esencialmente asociadas al defecto del precepto legal y no a críticas que puedan formularse al comportamiento del Ministerio Público. De modo que si la conducta del persecutor público ha sido razonable o, por el contrario, errática, tales circunstancias resultan irrelevantes en el análisis de constitucionalidad desarrollado por este Tribunal.

Respecto de lo segundo, ocurre lo mismo. De hecho, hay jueces que han entablado requerimientos de inaplicabilidad por considerar que el artículo 318 del Código Penal, aun “correctamente” interpretado, vulnera la regla constitucional que mandata al legislador a redactar un tipo penal de una forma tal que la conducta esté expresamente descrita en él.

**DECIMOSEXTO.** Una minoría de Ministros, en especial después de algunos fallos de la Corte Suprema (entre ellos el recaído en el Rol N° 125.436-2020, de 25 de marzo de 2021), han expresado su rechazo a declarar la inaplicabilidad solicitada por estimar que se nos presenta un caso que carece de relevancia constitucional y que, por lo tanto, le corresponde al juez del fondo resolverlo interpretando el tipo penal de una manera conforme con la constitución. Esta Magistratura descarta tal apreciación.

Para comenzar, volveremos a repetir algo obvio: la regla del artículo 19, N° 3º, inciso final, de la Constitución está dirigida -en primer lugar- al legislador. Esto da lugar a que sea este Tribunal, conociendo acciones de inaplicabilidad de preceptos legales, la sede natural para pronunciarse.

En seguida, hay que tener presente que todo lo razonado sobre los defectos del delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal no se ve alterado en forma alguna por la concepción interpretativa que se tenga de la condición referida a poner *en peligro la salud pública*. Cualquiera sea la noción doctrinaria de peligro que se asocie al mencionado delito (y que en un caso puede llevar absolver y en otros a condenar al imputado) el vicio no desaparecerá. Aun la más restrictiva de las interpretaciones no resulta apta para remediar el hecho de que la conducta incriminada no está descrita en sus aspectos esenciales en el tipo penal. Es equivocado sostener que habría una interpretación inconstitucional y otra constitucional.

**EN CONCLUSIÓN,** y sin que sea necesario referirse a otras infracciones constitucionales invocadas, este Tribunal manifiesta que la aplicación del artículo 318 del Código Penal en la gestión judicial pendiente infringe el artículo 19, N° 3º, inciso



9º de la Constitución, el cual asegura a todas las personas que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

**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 ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA INAPLICABLE EL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2001217158-8, RIT N° 1703-2020, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE PUERTO AYSÉN, EN ACTUAL CONOCIMIENTO DE LA CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, POR RECURSO DE NULIDAD, BAJO EL ROL N° 389-2020 (PENAL).**
- 2) **QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.**

**DISIDENCIA**

Acordada la sentencia con el voto en contra de la Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL y de los Ministros señor GONZALO GARCÍA PINO, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ quienes estuvieron por rechazar la impugnación de fojas 1, por las siguientes razones:

**I. La pandemia Covid-19: consecuencias directas e indirectas como examen previo a las medidas aplicadas**

1º. Una pandemia como el Covid-19 es, antes que nada, una tragedia de salud pública con alcances universales que está en pleno desarrollo, afectando la vida de millones de personas y comprometiendo gravemente la salud de otro conjunto aún más grande de personas. Más de tres millones de personas han muerto por esta enfermedad y sobre 150 millones han sido reportadas con Covid en el mundo (al 30 de abril de 2021). En Chile, a la misma fecha, más de un millón de personas se han contagiado y hemos debido lamentar sobre 25.000 fallecidos.

2º. Esto, en un momento en la historia de la humanidad caracterizado por una civilización que valora la mantención de la vida de las personas como pocos y que está



dispuesto a hacer esfuerzos ingentes por dedicarse a prevenir cuanto la ponga en riesgo y a protegerla en consideraciones abiertamente contrarias al utilitarismo. En consecuencia, las afectaciones al derecho a la salud y a la integridad física y síquica de las personas, implica que existe una prevalencia inicial o *prima facie* de estos derechos por sobre otros que parecen comprometidos acusadamente como es el caso de la libertad personal y sus restricciones de movimiento.

3°. Por otra parte, la lucha contra esta pandemia no está ceñida a un guión, ni a una estrategia predefinida e inamovible. Esta dinámica implica un ejercicio de máxima prudencia de poder público puesto en movimiento y, en particular, buscando la persuasión ciudadana al ser todas las personas no solo potenciales víctimas, sino que transmisoras del virus. Por lo mismo, el contexto de esta lógica pública supone un particular diálogo mundial, entre órganos sanitarios rectores universales (OMS) y regionales (OPS), con los responsables de los distintos países en una búsqueda de las mejores prácticas y estrategias. A la vez, bajo una activa dimensión de control comunitario y académico que se ha abierto paso, no sin dificultades, desde el primer día como un aval a la credibilidad no sólo de las estadísticas, sino que de las estrategias de prevención, contención y mitigación de la pandemia. Podemos afirmar que la apertura de información y el control de esas políticas dice mucho del tipo de régimen político que las sostiene.

4°. Ahora bien, la pandemia no es solo un problema sanitario, también ha generado un enorme problema económico, al llevar a los países a cerrar sus fronteras y a adoptar medidas que restringen severamente las actividades productivas y de libre intercambio de bienes y servicios, perfilando la principal caída del producto interno bruto simultáneo en muchos años. Esta afectación económica trae por consecuencia también un enorme impacto en derechos y libertades. Primero, por el cierre temporal de empresas y en muchos casos definitivo, en emprendimientos de todo tipo de rubros, poniendo fin, dilatando o dificultando proyectos de vida y esfuerzos de realización individual y asociado. Como consecuencia de ello, en el ámbito del trabajo, se ha incrementado la cesantía; se han debilitado las garantías sociales que proveen los contratos; se ha cortado la cadena de pagos; ha crecido la deuda personal y, muchas familias han visto caer sus ingresos monetarios de un modo dramático. Los extraordinarios esfuerzos económicos estatales y personales, así como una frondosa legislación excepcional, con mecanismos constitucionales transitorios nos hablan de una consecuencia indirecta e imprevisible del Covid-19 de enorme impacto y que costará años recuperar.

5°. De este modo, hay un efecto directo sanitario desde la pandemia y una deriva indirecta de orden económico. *“Responder con éxito significa dos cosas: limitar el impacto directo e indirecto de la pandemia. Los países que respondieron con más éxito pudieron evitar elegir entre los dos: evitaron el compromiso entre una alta mortalidad y un alto impacto socioeconómico de la pandemia. Nueva Zelanda ha podido reducir las infecciones y abrir su país internamente. Otras naciones insulares también pudieron prevenir casi por completo un brote (como Taiwán, Australia e Islandia). Pero no solo las islas pudieron doblar la curva de las infecciones y prevenir grandes brotes: Noruega, Uruguay, Suiza, Corea del Sur y Alemania*



son ejemplos. Estos países sufrieron un impacto directo menor, pero también limitaron los impactos indirectos porque pudieron liberar las medidas de bloqueo antes” (<https://ourworldindata.org/coronavirus>).

Pero aún así, estos casos emblemáticos, han sufrido luego rebrotes, como es el caso de Alemania, que los ha llevado, en nuevas olas del virus, a las mismas consecuencias sanitarias y económicas, como lo confirma, por ejemplo, la decisión de Uruguay de cerrar sus fronteras en la época estival, pese a ser el turismo una de sus industrias preferentes.

6°. Por lo mismo, en este voto disidente sigue teniendo sentido, lo sostenido por esta Magistratura en su Sentencia Rol 8574, indicando en sus considerandos 1° y 2° “que pocas veces tratamos asuntos como los que hemos visto en este caso. A veces perdemos de vista la historicidad de nuestras decisiones por el momento excepcional que nos ha tocado vivir en los últimos meses en el mundo y desde el 18 de marzo de 2020 con la declaración del estado de catástrofe en Chile por la pandemia mundial del Coronavirus.

Es un momento universal, único y difícil. Universal, porque desde los trágicos tiempos de las guerras mundiales que no confluían todos los intereses globales sobre un mismo asunto. Único, porque para muchísimos de nosotros acontece por primera vez en nuestras vidas y nada se le parece. Hemos aprendido de otras experiencias difíciles, pero la asimilación no es similitud.

Y es difícil porque supone el conjunto más grande de restricciones a nuestras libertades, a nuestro modo de vivir y la impronta de lo que somos como personas y sociedad. Es difícil porque nos hemos llenado de incertidumbres y de miedos. Se expresa en múltiples sentimientos cruzados de soledad, angustia, quiebras económicas, desempleo, enfermedades, muertes o abandonos. Son tiempos de reflexión y cuestionamientos, pero también de esperanzas. Y ese contexto nos ha modificado también el derecho. Ya vivimos en los márgenes excepcionales del mismo, desafiándonos en los momentos en donde más debe florecer el Estado democrático de Derecho, lo que exige de nosotros los jueces el mejor de los esfuerzos para fortalecer las reglas sobre las cuales reposa la vida colectiva. En particular, quiénes nos dedicamos al ámbito constitucional tenemos el privilegio de poder participar en el esfuerzo colectivo por garantizar los derechos fundamentales en contextos tan particulares.

(...) La pandemia ha modificado sensiblemente nuestra vida social es una afirmación tan ordinaria como común. No sólo existen restricciones de nuestras libertades definidas por un estado de excepción, sino que nos enfrentamos a un desafío de una envergadura tal que afecta todos los rincones de nuestro país. El Congreso Nacional ha dictado leyes especiales; el Banco Central ha rebajado las tasas de interés a cifras históricas para hacer frente a la recesión mundial cierta; los Tribunales de Justicia han modificado sus pautas de conductas y enfrentan los miles de casos bajo fórmulas inteligentes de avanzar en los asuntos sometidos a su jurisdicción sin afectar los derechos procesales de las partes; la Contraloría General de la República ha visado el conjunto de medidas administrativas excepcionales que se están adoptando; las policías y las Fuerzas Armadas enfrentan desafíos para los que no tenían competencias naturales; los municipios defienden a los vecinos bajo criterios creativos, no uniformes y no siempre efectivos; y el Gobierno tiene el deber de encabezar las estrategias sanitarias que permitan hacer frente a la pandemia, debiendo, a la vez, inspirar confianza en sus decisiones y prudencia en las estrategias que no parecemos conocer del todo. Nuestra



*Magistratura no puede sustraerse a dicho clima. Vivimos en esa excepcionalidad. Llevamos semanas con audiencias a distancia y nuestro ritmo de trabajo no ha cesado. Y, en ese marco, esta sentencia trata de uno de aquellos espacios que suelen ser olvidados en la deliberación colectiva, como son las cárceles” (STC 8574, cc. 1° y 2°), aunque en esta causa está determinado como un dilema de libertad personal.*

## **II. Riesgos, normas, discriminación y datos personales: un auténtico problema constitucional**

7°. Por su propia naturaleza y características, la pandemia nos sitúa frente a un riesgo hasta ahora desconocido, lo cual supone adoptar la previsible idea que no se tiene la solución al problema de antemano y que, muy probablemente, como ha ocurrido, no se solucionará en breve tiempo ni con medidas aisladas. Si las tuviéramos no habría problema.

Las medidas adoptadas, entonces, deben estar guiadas por un sentido científico frente a la pandemia y su ejecución debe ser técnica en su aplicación. Eso ordena el proceso sanitario y sin una adecuada comprensión del problema inicial convertiríamos al derecho en una ciencia huera, formalista y vacía de propósitos. Y la pregunta fundamental que orienta todo ese proceso implica identificar el contagio, aislar a las personas contagiadas e impedir la propagación del virus. Y la Constitución dispone la máxima regla que olvidamos hace mucho tiempo en orden a la cautela del bien común lo que implica crear las condiciones sanitarias que permitan a todos su mayor realización posible.

8°. Bajo una lógica de bien común, las alternativas de prevención general se centran en los efectos positivos de la vacunación. Ello ha abierto un escenario transitorio hasta que surta sus máximos efectos en un proceso de cooperación científica internacional a gran escala donde a Chile, especialmente a través de las Universidades, le ha correspondido un papel relevante, pero -como todos- seguimos dependiendo del avance y eficacia del proceso de vacunación. Entre tanto, nos situamos en un período que entendemos como un ciclo acotado y que genere el menor impacto sobre los derechos y libertades posibles de nuestros conciudadanos.

Hay quienes postulan otro modo de obtener una fórmula de prevención general, según algunos científicos, a través de una acción que implique que sea el propio virus el que vaya inmunizando a las personas que se contagian. (<https://theconversation.com/is-reaching-zero-covid-19-possible-145108>). No obstante, esta medida no ha sido recomendada por la Organización Mundial de la Salud, puesto que la “*inmunidad de rebaño*”, nunca ha sido un método con el que se haya enfrentado una pandemia, porque es poco ético exponer a las personas a un virus sin protección y porque una estrategia de esa naturaleza, para ser efectiva, devendría en la muerte de muchísima gente. “*Alcanzarlo supondría, según Mills, “muchas más muertes en los grupos de riesgo: personas mayores, pacientes con obesidad y personas con patologías previas”*. A ello habría que sumar las **secuelas** a largo plazo que se han observado hasta ahora como consecuencia del virus, incluso en cuadros leves. “*Los riesgos asociados de perseguir la inmunidad colectiva natural la convierten en*



una *estrategia inaceptable para reprimir el virus, y mucho menos eliminarlo*", resumía el experto" (<https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-inmunidad-natural-rebano-vacuna-3436>).

Adicionalmente, un estudio del Imperial College de Londres realizado sobre más de 300 mil personas acredita que el nivel de anticuerpos contra el coronavirus entre aquellos que se habían contagiado y lo habían superado, decae muy fuertemente, especialmente, entre portadores asintomáticos (<https://www.imperial.ac.uk/news/207333/coronavirus-antibody-prevalence-falling-england-react>). Con lo cual, toda estrategia basada en inmunidades generadas por contagio tiene un efecto limitadísimo además de las cuestiones éticas que promueve.

De este modo, el libertarismo subyacente a esta estrategia permitiría la garantía de una *"libertad natural"*, pero a un precio imposible de sortear. No se estarían abordando seriamente los riesgos de la pandemia. Tal vez, parezca que no es necesario realmente debatir estas ocurrencias, pero tienen liderazgos mundiales y locales, que le dan un peso excesivo a este tipo de ejercicios olvidando la garantía de la vida y la protección de la salud.

9°. El dilema de la estrategia sanitaria es, por ende, cómo hacer frente a un riesgo de la mejor manera, es decir, del modo que resulte más pronto, eficaz, menos invasivo y, desde la perspectiva de los derechos, menos con la menor lesividad posible. Lo que nos plantea este caso es cómo enfrentarlo desde el ámbito penal o procesal en una pura lógica constitucional. Si el artículo 318 bis exige un evidente riesgo concreto de contagio, al imponer la condición de *"el que pusiere en peligro"*, ¿cuáles serán los esfuerzos estatales para identificar ese peligro que se sitúa más allá de la certeza?, ¿cuál es el mecanismo que permite *"evitar la propagación de un mal"* como el que objetivamente implica esta pandemia? Por cierto, que estas consideraciones pueden no ser compartidas por los que desacreditan la existencia misma de la pandemia, de sus efectos o de su manipulación. Esta interpretación está basada en datos reales y en una interpretación procedimentalmente correcta de los mismos.

10°. En efecto, todos los días el personal del sistema de salud se dedica a rastrear, examinar y diseñar la trazabilidad de un conjunto de personas que pueden ser portadoras de contagio, mientras que también cuidan, acogen y sanan a los enfermos, sobre todo aquellos que sufren mayores complicaciones y riesgos o los acompañan en la soledad de su partida. Cabe rendir tributo a ese enorme esfuerzo de solidaridad y cumplimiento del deber profesional por parte de médicos, enfermeras, técnicos, administrativos y personal de apoyo, en un tiempo donde *"[l]a pandemia ha demostrado de lo que la humanidad es capaz tanto en su mejor como en su peor momento."*

*Por una parte, hemos sido testigos de actos inspiradores de compasión y sacrificio, proezas impresionantes en el ámbito de la ciencia y la innovación, y muestras de solidaridad conmovedoras.*

*Sin embargo, también se han observado casos inquietantes de egoísmo, elusión de responsabilidades y división"* (Alocución de Apertura del Director General de la Organización Mundial de la Salud en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 4 de diciembre de 2020,





<https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-united-nations-general-assembly-special-session---4-december-2020>).

11°. De esta manera, cuando son identificadas las personas contagiadas o aquellas que tuvieron contacto estrecho con ellas, deben ser aisladas y sometidas a cuarentena. Algunas, impedidas de ingresar a sus propios hogares deben asistir a recintos dedicados a la realización de dichas cuarentenas. Todo ello afecta la vida cotidiana masivamente, reconocidamente desde la Constitución, puesto que impone una restricción a la libertad personal y de movimiento por la sola disposición del estado de catástrofe en razón de la pandemia.

En el conjunto de esta dimensión sanitaria las restricciones a la libertad personal han sido moduladas bajo un aparente criterio técnico, lo que redundando en niveles diferenciados y graduales en todo el territorio nacional. Asimismo, con una aplicación con efectos progresivos o regresivos, dependiendo del avance o contención de la pandemia, esa libertad se amplía o se disminuye.

12°. Ello lleva a que la enorme mayoría de los habitantes del país vivan o hayan vivido, bajo el estado de catástrofe, en un ejercicio excepcional de la libertad como permiso. Autorizaciones previas basadas en un conjunto de razones habilitantes para el desarrollo de la libertad de desplazamiento, con restricciones de desvío y con notificaciones de punto de inicio y de destino, en marcos horarios acotados. La excepción evidente es el ejercicio pleno de esa libertad personal ahora ejercida en lugares rurales, inaccesibles o de bajísima población. Dicho de otro modo, los lugares aislados ejercen por sí mismos su propia protección sanitaria, siendo necesario que el Estado imponga el aislamiento en todas las demás partes del territorio nacional.

Y la función de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública es ir en auxilio de dicho proceso de control mediante cordones sanitarios, controles rutinarios y examen de personas con posibles contagios.

En definitiva, como la declaración de un estado de excepción constitucional no afecta la competencia y el funcionamiento de los órganos públicos (art. 44, inciso 1° de la Constitución), se pone en movimiento el aparato estatal para forzar a la ciudadanía a ajustarse a medidas cuyo cumplimiento resulta difícil, puesto que se internan en una libertad que se ejerce casi sin restricciones, siendo muy sentidas estas limitaciones a la población impuestas por la prevalencia del factor sanitario.

Nosotros como jueces tampoco hemos estado exentos de las mismas, pero no son nuestras biografías el parámetro de examen de estas consecuencias. Solo una visión retorcidamente individualista pondría las libertades de los jueces por sobre la consideración de todos los demás habitantes de la nación.

De este modo, buena parte de la organización del Estado para hacer frente a la pandemia implica identificar concretamente dichos riesgos.

13°. La administración de riesgos no es un resorte ajeno al derecho. Hay riesgos en la mitigación de conflictos de orden público. Hay estimación de riesgos al establecer los estándares que permitan ejercer el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sobre esos estándares hay afectaciones seguras, pero las



basamos en consideraciones de naturaleza técnica sobre las cuales depositamos confianza. Hay riesgos cuando se autorizan fármacos o vacunas y se respalda que los efectos que dicen precaver se corresponden con la realidad. Hay riesgos detrás del diseño de carreteras y sus señalizaciones con las autorizaciones técnicas adecuadas de manejo. Hay riesgos detrás de los programas de alimentación escolar o la disposición de leche en consultorios. Convivimos con los riesgos del mejor modo posible, administrándolos de una manera que permitan tener bienes públicos y privados garantizando accesibilidad, pertinencia, calidad y oportunidad para su provisión.

La identificación de la fuente de los riesgos de contagio se puede reducir dependiendo de los énfasis. Podría ser tratada como una tarea completamente estatal. Otra fórmula podría implicar una estrategia complementaria a la dimensión estatal basada en la prevención comunitaria. Y, finalmente, el complemento a la tarea estatal puede originarse en la colaboración de cada persona reconociendo su autodeterminación individual.

14°. Si examinamos el primer caso, veremos que es relevante que el modo en que se administra el riesgo depende de la naturaleza del rol que cumpla el Estado. El ejercicio de potestades imperativas desde el Estado puede imponer una impronta de tal carácter que reduzca ampliamente esos riesgos. Y hay alternativas a estas restricciones externas a la libertad personal. La reducción del riesgo puede implicar recurrir a la trazabilidad virtual de nuestros contactos, redes sociales, movimientos registrados en el GPS de nuestros celulares, correos electrónicos, etc. Hoy, la vida cotidiana puede ser monitoreada con un ejercicio tecnológico que incrementa y potencia estos mecanismos de control. Si se amplía el registro a nuestros cercanos, se puede construir un cerco en torno al registro de la vida privada. Hemos reducido el riesgo de contagio, pero también la vida privada de todos. La acción del Estado puede ser quirúrgicamente impuesta pero el costo es superior al que representan las actuales restricciones a la libertad personal. No se trata solamente de constatar un examen de proporcionalidad, en cuanto las restricciones a la libertad personal resulten inferiores a las imposiciones sobre una vida privada monitoreada amplia e invasivamente desde medios tecnológicos. Se trata de que ese medio más gravoso se sitúa fuera del marco del Estado democrático de derecho, vulnerando los artículos 4°, 5° y 19 N° 4° y 5° de nuestra Constitución.

15°. Por lo mismo, podemos orientar una estrategia menos invasiva para estrechar el cerco sobre los contagios y los contagiados. Y nuevamente, debemos mirarlo a la luz de las restricciones sobre la libertad personal. Los riesgos también se reducen mediante estrategias de información. En vez de operar como si el Covid 19 fuese un fantasma invisible, se puede imponer una visibilización del mismo basado en los datos que previsiblemente tenemos sobre personas y lugares de contagio. En vez de enormes y complejos esfuerzos territoriales, operamos sobre las fuentes de contagio e iluminamos el cerco sobre los contagiados. Con ello, la propia comunidad podría tener una función en la dimensión del control ampliando y acotando las funciones policiales de contención generalizada de las restricciones de la libertad personal. Si el Estado publica e informa sistemáticamente sobre esta materia



tendríamos más certezas sobre los riesgos. Sin embargo, cabe preguntarse por la extensión de una consideración de esta naturaleza. Si validamos una estrategia sanitaria de este tipo incurriríamos en un conjunto manifiesto de inconstitucionalidades. En primer lugar, vulneraríamos el secreto de la vida privada manifestada en la ficha médica y en los antecedentes de la enfermedad, afectando el artículo 19, numeral 4° de la Constitución. En segundo lugar, abriríamos la compuerta de la discriminación social basada en la condición de la enfermedad. Al identificar el riesgo de pandemia con personas concretas las volvemos a éstas completamente vulnerables al ejercicio de acciones de diversa naturaleza. Si médicos y personal paramédico en todo el mundo han debido soportar hostigamientos en lugares en donde viven, con mayor razón aquellos que están enfermos y que pueden ser tratados como si fueran agresores, victimarios o peligrosos delincuentes, con lo que estimamos se infringiría el artículo 19, numeral 2° de la Constitución, al ser una distinción fuera de toda razonabilidad. Y, en tercer lugar, porque una estrategia basada en sanciones comunitarias importa una transferencia de funciones nítidamente estatales vulnerando los artículos 6° y 7° de la Constitución. De este modo, en términos generales, la comunidad llamada a colaborar en acciones de prevención de la salud, se la sitúa en una posición compatible con el tipo de participación exigible por el inciso quinto del artículo 1° de la Constitución, esto es, una que debe contribuir a la integración armónica y a la igualdad de oportunidades. En consecuencia, la reducción de riesgos mediante acceso a información sensible, si bien puede limitar las posibilidades de contagios resulta incompatible con el tipo de trato exigible al Estado en orden de instrumentalizar la enfermedad de las personas y someterlas a éstas a riesgos de integridad física y psíquica insospechados.

16°. En consecuencia, aunque parezca invasivo, una de las dimensiones más compatibles con el Estado democrático de derecho es aquella que se basa en la autonomía personal. Como bien nos recuerda Robert Dahl, *“el proceso democrático es superior a otras formas de autogobernarse porque están justificadas por los valores de la libertad, el desarrollo humano y la protección y promoción de intereses humanos compartidos, lo que presupone la igualdad moral intrínseca de todas las personas; la presunción de que todos los adultos tienen derecho a su autonomía personal cuando se trata de determinar qué es lo mejor para ellos y la igualdad política propia de los ciudadanos”* [Robert Dahl (1991), *La democracia y sus críticos*, Paidós, Primera edición, Buenos Aires, pp. 373-374].

Situar la contención del riesgo en la responsabilidad de las personas tiene muchas ventajas. Primero, porque dicha acción es en sí misma preventiva puesto que nadie mejor que nosotros en la identificación de los riesgos que asumimos. Segundo, porque uno mismo es factor de contagio y así como se tiene la convicción de que uno puede transmitir la enfermedad a los seres que más quiere o que están en su entorno, con mayor razón sabrá que ese riesgo lo puede transmitir a terceros, incluso si se ha vacunado, porque, a pesar de ser poco probable que ello suceda, igualmente puede contraer la enfermedad. Tercero, porque ese riesgo crece o se reduce dependiendo del volumen de contactos que tenga la persona. Cuarto, porque se trata de una pandemia que, aun cuando tengamos certidumbre de no ser un factor de riesgo, ello tampoco



puede ser descartado por la presencia de personas asintomáticas y por la mutación de las cepas del patógeno. Y quinto, porque en algunas hipótesis el riesgo deja de ser tal, cuando una persona posee y porta un examen vigente de PCR negativo.

17°. En consecuencia, toda la dimensión sobre los riesgos se da en un marco de posibilidades constitucionales que, en abstracto, permiten muy diversos tipos de política pública sanitaria. Del examen, una de ellas es abiertamente autoritaria, compromete de un modo definitivo la libertad de las personas e incrementa un poder estatal por sobre la vida cotidiana de la gente de un modo que, al tomar control sobre los riesgos, de paso lo hace sobre parte fundamental de la vida de las personas. En otras, la estrategia autoritaria es reemplazada por una estrategia de cooperación social que puede transformarse en opresión colectivista. Asumir esta estrategia de control de riesgos termina debilitando los lazos comunitarios, así como la igualdad y dignidad de las personas.

En consecuencia, responsabilizar a los individuos por sus conductas y movilizar el ejercicio punitivo estatal para el cumplimiento de leyes y medidas resulta, en principio, una forma compatible con el proceso democrático constitucional. Asume un cierto control de los riesgos sanitarios, pero no los totaliza permitiendo una convivencia de restricciones y libertades que se modulan en función de avances que deberían tener un sostén técnico y científico.

### **III. El conflicto penal - constitucional planteado por el requerimiento**

18°. Se trata de un requerimiento que, en lo sustancial, sostiene que la aplicación del precepto impugnado vulnera el principio de proporcionalidad (artículo 19 Nos. 2º y 3º, inciso sexto, CPR), puesto que no existe una relación de equilibrio entre el castigo que se impondrá y la conducta imputada, atendido que la norma objetada no establece parámetros objetivos al momento de seleccionar la concreta sanción, entregando total libertad al Ministerio Público para proponer la sanción. Agrega que la aplicación de un determinado tipo de procedimiento dentro de las alternativas que ofrece el Código Procesal Penal (sea monitorio o simplificado) facilita el ejercicio de una potestad discrecional arbitraria del Ministerio Público.

En segundo lugar, señala que se infringe el principio de legalidad (artículo 19 Nº 3, inciso octavo, CPR), dado que la conducta imputada se encuentra contenida en una regla infralegal.

Por último, indica que se vulnera el principio de taxatividad o tipicidad (artículo 19 Nº 3º, inciso noveno, CPR), atendido que la conducta imputada se encuentra sustantivamente descrita en una norma de rango infralegal, no permitiendo que se tenga suficiente noticia previa acerca de la conducta que resulta exigible.

19°. En cuanto a los criterios del rechazo sostendremos tres tipos de argumentos diferentes. Primero, aludiremos a que en este caso concreto no concurre una hipótesis que afecte el principio de proporcionalidad en su faceta abstracta ni menos en el modo en que se ha razonado concretamente en la construcción del requerimiento. En segundo lugar, diremos que no se infringe el principio de legalidad con un conjunto de matices en donde es necesario armonizar criterios penales. Y, por último,



explicaremos los alcances complementarios de problemas de esta naturaleza en relación con la administración de riesgos desde un punto de vista normativo en un Estado democrático de Derecho, particularmente, planteando algunas hipótesis alternativas de lucha contra la pandemia y reducción de riesgos diferentes a la disposición del artículo 318 del Código Penal.

20°. Este análisis, para ser completo, requiere situar la aplicación de ese precepto legal en el contexto del marco normativo donde se inserta, conforme a las circunstancias concretas de la pandemia que hemos referido, a partir de la preceptiva constitucional sobre estado de catástrofe (artículos 41 y 43 inciso tercero de la Constitución), las disposiciones legales contenidas en el Código Sanitario (artículos 22, 23, 36, 55 y 65 inciso primero, así como en la Ley N° 18.415 (artículos 7° y 8°) y la preceptiva administrativa que ha declarado estados de excepción (Decretos Supremos N° 104 y N° 269, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 2020, y Decreto Supremo N° 72, de la misma Secretaría de Estado, de 2021) o establecido las medidas sanitarias (como la Resolución Exenta N° 373, del Ministerio de Salud, de 2020).

Ese marco normativo, precisamente, configura un estatuto para enfrentar el riesgo de la pandemia bajo reglas constitucionales, legales y administrativas que calibren la afectación de derechos, especialmente la libertad personal, con la finalidad de asegurar a las personas el derecho a la vida, a la integridad física y síquica y a la protección de la salud, puesto que el respeto y cumplimiento de las medidas sanitarias no sólo persigue evitar que esos derechos sean afectados en su dimensión personal, sino disminuir la propagación del virus, dotando a la preceptiva completa que los regula, incluyendo lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal -en los términos que expondremos en seguida-, también de un sentido de cautela colectivo, como lo deja en evidencia el resguardo de la salud pública que persigue amparar la disposición punitiva referida.

21°. Ahora bien, el precepto legal impugnado, ubicado en el Título sobre crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad pública cometidos por particulares, párrafo XIV, dedicado a los que se cometen contra la salud pública, tiene su origen en el artículo 318 del texto original del Código Penal que sancionaba, con reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de ciento a mil pesos, a quien *“infrinjere las reglas higiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de pandemia o contagio”*, reemplazado, en 1969, por la Ley N° 17.155 para modificar la pena a presidio menor en su grado mínimo o multa de uno a cien sueldos vitales y la descripción del tipo, preceptuando que incurriría en él quien *“pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio”*.

22°. De esta manera, si el tipo original, en el siglo XIX, sancionaba la mera infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, ya desde la modificación introducida en 1969, se dispuso que incurriría en la conducta prohibida quien *pusiera en peligro la salud pública*, pero por infracción de aquellas reglas, añadiéndose que, en todo caso, no basta con que éstas sean *“acordadas”* por la autoridad, sino que debían



haber sido “*debidamente publicadas*”, siempre -eso sí- en tiempos de pandemia o contagio y agregando, el de catástrofe.

Posteriormente, el artículo 318 ha sido modificado, en 1996, por la Ley N° 19.450 y, el 20 de junio de 2020, en virtud de la Ley N° 21.240 para sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria, en caso de epidemia o pandemia, aumentando la penalidad y agregando los incisos segundo y tercero e incorporando los artículos 318 bis y 318 ter.

23°. Por ende, el juez competente deberá evaluar diversas cuestiones -jurídica y doctrinariamente controvertidas- en relación con el artículo 318 en la gestión pendiente, respecto de las cuales, por ende, no corresponde pronunciarse a esta Magistratura, tales como si el delito allí previsto es de peligro abstracto o concreto; acerca de la naturaleza del procedimiento conforme al cual se juzgará, sea monitorio, simplificado u ordinario, a partir de la decisión adoptada por el persecutor penal; en relación con la determinación de las circunstancias fácticas del caso; respecto de la licitud o proporcionalidad de las medidas intrusivas adoptadas por el Ministerio Público; en cuanto a la vinculación entre lo preceptuado en los artículos 318 del Código Penal y 174 inciso cuarto del Código Sanitario; o, en fin, acerca de las cuestiones que surjan por los nexos entre el precepto legal impugnado y lo dispuesto en los artículos 318 bis y 318 ter del Código Penal o en cuanto a su relación con lo previsto en el artículo 390 del Código Procesal Penal, entre otras.

24°. En esta perspectiva y con posterioridad a nuestro primer pronunciamiento (Rol N° 8.950), la Corte Suprema ha tenido oportunidad, precisamente, de examinar las cuestiones de fondo aludidas.

Así, en sentencia pronunciada el 25 de marzo de 2021 (Rol N° 125.436-2020), se plantea que “(...) *el análisis debe deslizarse a la cuestión de la clase o naturaleza del peligro exigido, y de cómo la conducta del sentenciado generó, o no, ese peligro específicamente requerido por el tipo, con lo cual entramos al análisis no solo de la tipicidad sino, imbricada con ella, en tanto delito de peligro, a la cuestión de la antijuridicidad material de la conducta (...)*” (c. 5°), a propósito de lo cual -sigue la sentencia- “(...) *Advertimos, pues, que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública. Castiga una conducta que realmente genere un riesgo para ese bien jurídico; no sanciona simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería lo propio de un delito de peligro abstracto. Se puede contra argumentar que el artículo 318 bis del Código Penal sí que contiene una exigencia de peligro concreto, pues es en él donde el legislador se refiere al supuesto del riesgo generado a sabiendas, y por ende a un peligro específico y, en definitiva, concreto; pero, a todo evento, ello no elimina la primera exigencia del tipo del artículo 318: “El que pusiere en peligro la salud pública”, de manera que la comparación de los dos tipos penales referidos, a lo sumo conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o “abstracto-concreto”, que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo para generarlo, sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como*



*inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios, como sería el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal” (c. 6°), pero de ello “(...) no se sigue que el ilícito solo lo pueda cometer una persona contagiada de Covid-19. Eso no sería así ni aún si el delito fuere de peligro concreto, realmente, porque una persona sana que, por su precisa infracción de las reglas de salubridad, se expone al contagio, y por ende a ser vector de transmisión de la enfermedad, sí que genera un perjuicio perfectamente demostrable, para la salud pública. Mucho menos puede admitirse esa pretensión si calificamos al delito como de peligro hipotético, o de idoneidad” (c. 7°).*

Sobre esa base, examinando el caso concreto sometido a su conocimiento, la Corte concluye que la conducta desplegada por el sentenciado (haber sido sorprendido en la vía pública sin salvoconducto en horario de toque de queda) “(...) no satisface la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético, para la salud pública, como se dirá (...)” (c. 10°), puesto que “(...) si bien es verdad que no hacía falta que Millapán estuviera enfermo o contagiado para incurrir en la conducta típica y antijurídica, como ya adelantamos, la acción de deambular a las 22,20 de la noche por una calle (además desierta, según testimonian los aprehensores conforme lo dice el mismo fallo atacado), por la que hasta veinte minutos antes podía transitar sin restricción, por más infractora de normas administrativo reglamentarias que sea, y por más sancionable que resulte a ese tenor meramente administrativo, no representa ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en estos tiempos de pandemia (...)” (c. 11°).

En el mismo sentido, la sentencia Rol N° 149.239-2020, de 20 de abril de 2021 y Rol N° 131.966-2020, de 23 de abril de 2021.

Así también y a raíz de estos tres pronunciamientos, el Ministerio Público estimó necesario adecuar su política criminal en la materia, según consta en el documento *Resumen de modificaciones (adaptaciones) en materia de criterios de actuación en delitos contra la salud pública de abril de 2021*.

#### **IV. No existe vulneración al principio de proporcionalidad**

25°. En cuanto a la proporcionalidad de la pena, en un juicio oral, público y contradictorio la determinación judicial de la responsabilidad penal, así como de la sanción aplicable no depende solo de lo solicitado por el Ministerio Público en su requerimiento, sino también por lo expuesto por la defensa del imputado. Así, según lo anterior, en la determinación de la pena se incluyen las reglas de atenuantes y agravantes (artículos 11 a 13 y 73 del Código Penal), las reglas de determinación de la pena contenidas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal y la consideración sobre aplicación de penas sustitutivas.

26°. En particular, en relación con la pena de multa, el artículo 70 del Código Penal permite una graduación judicial de la pena mediante la rebaja de la multa, considerando no solo las circunstancias atenuantes y agravantes, sino principalmente el caudal o facultades del culpable y, en casos calificados y de no concurrir agravantes, el juez puede imponer una multa inferior al monto señalado en la ley. Y todavía más, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 318 del Código Penal, si el Ministerio Público solicita únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, como ocurre en el presente caso, resultará aplicable la regla del



artículo 398 del citado cuerpo legal, en virtud de la cual, concurriendo los requisitos previstos en ella, el juez podrá dictar sentencia y disponer la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses, pudiendo la sentencia eventualmente ser dejada sin efecto, dictándose, en su lugar, el sobreseimiento definitivo de la causa.

27°. Respecto a las objeciones al procedimiento por el que ha optado el persecutor penal, el requerimiento no impugna las disposiciones que lo regulan. Más aún, el juez puede desechar la propuesta del Ministerio Público de seguir la tramitación conforme a ese procedimiento, si a su juicio no se encuentra suficientemente fundado.

28°. No debe olvidarse, asimismo, que, conforme al artículo 342 del Código Procesal Penal, la sentencia definitiva debe contener, entre otros aspectos, “[l]as razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo”, por lo que dicha norma “(...) deja claro que las cuestiones sobre determinación de la pena quedan cubiertas por el deber de motivación (...)” (Raúl Núñez Ojeda y Jaime Vera Vega: “Determinación Judicial de la Pena, Motivación y su Control en el Derecho Penal de Adolescentes Chileno”, *Política Criminal*, Vol. 7, N° 13, 2012, p. 179).

29°. Siendo así, el requerimiento de inaplicabilidad no es la vía idónea para someter a revisión la decisión del persecutor en esta materia, sino para examinar la constitucionalidad del precepto legal, cuya aplicación, en lo que a la sanción se refiere, se encuentra sujeta a la regulación del Código Penal que determina su aplicación en cada caso concreto, lo cual es competencia, precisamente, del Juez del Fondo, por lo que no carece de proporcionalidad ni está exenta de parámetros objetivos para definirla en relación con los hechos que están siendo investigados respecto de quien habría incurrido en él, particularmente al considerar las circunstancias del caso concreto -normativas y fácticas, derivadas de la pandemia-, tal y como hemos referido.

30°. Con todos estos elementos, en abstracto y particularizadamente en el examen del requerimiento, no se ve cómo se pudo comprometer el principio de proporcionalidad. Tampoco compartimos la idea que la libertad personal aparezca comprometida en casos de esta naturaleza.

## V. No hay infracción al principio de legalidad penal

31°. Tampoco compartimos que el artículo 318 del Código Penal vulnere la exigencia constitucional en orden a que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en la ley.

32°. Somos conscientes del reproche que, precisamente por esta razón, suele formular la doctrina al artículo 318, con no poca consistencia. Sin embargo, en el marco constitucional y legal descrito, conforme a las circunstancias de la gestión pendiente, no alcanzan a disuadirnos para adherir al pronunciamiento de inaplicabilidad.

33°. Como sostuvo en un fallo la Corte de Apelaciones de Iquique, siguiendo al autor Fernando Londoño, no puede entenderse que el precepto impugnado castiga la mera infracción formal de disposiciones administrativas, de lo contrario, ello “llevaría -como ha ocurrido en reiteradas oportunidades- a la detención de todo aquel que vive





en situación de calle, sancionando con ello la pobreza tal como se hacía de antaño al condenar el delito de vagancia y mendicidad” (CA de Iquique, sentencia rol 308-2020, de 28.08.20, c. 7º).

El autor antes mencionado afirma que comprender el artículo 318 del Código Penal como un delito cuya exigencia típica se satisface con la sola infracción de las reglas de la autoridad, importaría sancionar la mera desobediencia. En tal sentido, plantea que esa lectura desconoce el tenor literal de tal precepto en cuanto exige para la satisfacción del tipo “poner en peligro la salud pública” y soslaya una interpretación sistemática de los delitos contra la salud pública, especialmente, luego de los nuevos tipos penales introducidos por la Ley Nº 21.240 (Londoño, Fernando (2020). ¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley no 21.240): más micro que macro... En *Criminal Justice Network*. Disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/responsabilidad-penal-para-los-infractores-de-la-cuarentena-revision-critica-de-los-arts-318-y-318-bis-del-codigo-penal-nueva-ley-no-21240-mas-micro-que-macro>).

34°. Como ya lo hemos transcrito, en esta misma línea de orientación jurisprudencial se ha pronunciado la Corte Suprema, al menos, en dos pronunciamientos, en marzo y abril de 2021 donde ha sostenido que es menester comprobar que la conducta del imputado generó el peligro específicamente requerido por el tipo, contenido en el artículo 318 del Código Penal, de tal manera que realmente se genere un riesgo para la salud pública, sin que se encuentre sancionada simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad haya publicado, pues no es posible asumir que ello, por sí mismo, la pone en riesgo

35°. En este sentido, tal como expusimos en una de las disidencias en el Rol N° 8.950, una interpretación conforme con la Constitución del precepto legal impugnado no puede estimar que la conducta castigada por él es la mera infracción administrativa. Ahora bien, se desprende de una lectura cabal de la disposición impugnada que el núcleo de la conducta reprochada consiste en la puesta en peligro de la salud pública por infracción de reglas impuestas por la autoridad.

36°. Bajo esa lógica, el núcleo esencial de la conducta sancionada está prevista en la ley, por cuanto indica al sujeto activo, el objeto sobre el cual recae la conducta y el verbo rector. El verbo rector es “poner en peligro”. La conducta sancionada es “poner en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”. Luego, el tipo exige la puesta en peligro de la salud pública, pero ello no debe entenderse como un delito de peligro concreto, puesto que este está previsto en el artículo 318 bis del Código Penal, al castigar “[al] que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos”.

37°. Tampoco puede considerarse como un delito de peligro abstracto, pues, de lo contrario, se terminaría sancionando la mera infracción de normas administrativas. Es así que puede estimarse que se trata de un delito de peligro abstracto-concreto, que son aquellos “en lo que se exige la acreditación de la potencialidad



*peligrosa de la conducta (la “peligrosidad”), sin que sea necesario acreditar la puesta en peligro real del bien jurídico” (Maldonado, Francisco (2006). Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal. En Revista de Estudios de la Justicia, (7), pp. 23-63, p. 44). Londoño explica que “no se trata aquí ni de acreditar un peligro efectivo (incomprobable para los jueces en lo penal) ni de mera infracción de normas cautelares (delito puramente formal), sino de acreditar alguna forma de peligrosidad que haga razonablemente sentido desde la experiencia jurídico-social (...) El plus necesario lo aporta la peligrosidad especial de la conducta imputada” (Londoño, Fernando. Op. cit., p. 26).*

38°. Enseguida, las reglas higiénicas o de salubridad, cuya infracción se requiere para satisfacer el tipo, deben haber sido debidamente publicadas por la autoridad. Al respecto, cabe tener presente que las resoluciones dictadas por la autoridad sanitaria para enfrentar el riesgo de Covid-19 han sido publicadas en el Diario Oficial y, en particular, las medidas referidas a toque de queda y cuarentena han sido difundidas por la autoridad sanitaria profusamente a través de los medios de comunicación masivos. En particular, en el caso concreto, el Ministerio Público imputa la infracción de determinadas resoluciones de la autoridad sanitaria, las cuales han sido todas publicadas en el Diario Oficial. Existe perfecta cognoscibilidad del tipo no solo por la publicidad formalmente descrita, sino que por la difusión de la misma en medios de comunicación social.

39°. Adicionalmente, las resoluciones sanitarias que se han dictado durante el estado de excepción constitucional de catástrofe no son sino una concreción en el ámbito territorial de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario que ya mencionamos.

Es así que el artículo 22 del referido cuerpo legal dispone el aislamiento de toda persona que padezca una enfermedad obligatoria, el artículo 25 previene que los directores de los establecimientos de salud están obligados a prohibir temporalmente la asistencia a clase de aquellos alumnos que a juicio de la autoridad sanitaria presenten peligro de contagio de una enfermedad transmisible, el artículo 26 establece que la autoridad sanitaria podrá someter a aislamiento y a otras medidas preventivas a aquellas personas que hubieran estado en contacto con pacientes de enfermedad transmisible y el artículo 36 autoriza al Presidente de la República, en caso de epidemia o de un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produzcan emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud de la población, para otorgar facultades extraordinarias a la autoridad sanitaria para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia. Y una de las maneras más evidentes de “evitar la propagación de un mal” como aquél correspondiente a esta pandemia es la restricción de la libertad personal, facultad que ejerce el Presidente de la República en virtud de la declaración del estado de catástrofe decretado. En este orden de ideas, cabe señalar que la infracción a las resoluciones de la autoridad sanitaria se sanciona con multa de un décimo de UTM hasta mil UTM, pudiendo la reincidencia ser sancionada hasta con el doble de la multa original.



40°. De este modo, el artículo 318 del Código Penal, en la identificación de “*el que pusiere en peligro*”, se ha centrado en un marco de acción que tiene un volumen de acciones potencialmente peligrosas de contagio y en otras donde es posible descartarlo. La norma penal, centrada en una interpretación constitucionalmente conforme, puede abarcar aún más conductas de riesgo que están predeterminadas por el legislador en diversas conductas típicas del Código Sanitario y que aluden a la responsabilidad de distintos actores en la prevención de la pandemia.

Como ya señalamos, las estrategias que centran el énfasis en la responsabilidad individual son más respetuosas de las libertades y derechos fundamentales que aquellas que reducen los riesgos basados en estrategias estatísticas o de prevención comunitaria. Por lo mismo, el Estado puede imponer restricciones, basadas en los riesgos aludidos, sea que movilice el *ius puniendi* para la aplicación de normas penales como administrativamente, indistinta o conjuntamente.

Esta cuestión no es solo una hipótesis, sino que se corresponde con los hechos. Por ejemplo, en junio fue el momento más agudo del Covid durante 2020, las detenciones realizadas por infracciones de la cuarentena sanitaria en horario diurno (controles de identidad que se realizaban antes de la pandemia en horario entre 8:00 am y 23:59 pm, que corresponde en forma cercana a los horarios en los que no existe toque de queda), correspondió solo al 0,18% de los controlados (17,7 millones de controles aproximadamente). Para Mauricio Duce, aún con esta corrección sería una cifra muy baja de infractores detenidos dentro de un universo muy significativo de controles. Los datos del Poder Judicial que dan cuenta de los casos en que estas supuestas infracciones fueron judicializadas son aún más bajos. Así, entre los meses de marzo a mayo de 2020 se habrían judicializado 7.887 casos. De estos, 5.533 personas habrían sido formalizadas por incumplimiento del artículo 318 del Código Penal. Para Duce, esas cifras sugieren que la gran mayoría de la gente que circula en las calles, pero particularmente en horario sin toque de queda, lo hace en forma legal, es decir, con autorizaciones permitidas por la autoridad sanitaria. Esto es consistente con los resultados de una encuesta desarrollada -en junio de 2020- por IPSOS y Espacio Público en la Región Metropolitana que da cuenta de que 94% sale a la calle con permisos de autoridad (Espacio Público).

Asimismo, en marzo de 2021, el Ministro del Interior y Seguridad Pública daba cuenta de una fiscalización, en Santiago, a más de 54.000 personas, de las cuales sólo un 1,06% fueron detenidas (<http://ssi.gob.cl/noticias/2021/03/26/ff-aa-y-carabineros-realizan-350-mil-fiscalizaciones-que-dejan-mas-de-mil-detenidos-en-las-ultimas-24-horas-por-no-respetar-cuarentenas-y-toques-de-queda/>)

41°. En síntesis, esta interpretación da cuenta de las alternativas de política pública frente a los riesgos de control de la pandemia. Esos riesgos pueden ser concretos, abstractos o formales de propagación. Este modo de entender este criterio de interpretación, conforme a la Constitución, supone que debemos también mencionar los alcances relativos a todos los efectos constitucionales puesto que esta discusión rebasa con largueza las cuestiones puramente penales.



El requerimiento plantea un cuestionamiento sobre la estructura del ilícito del artículo 318 del Código Penal, particularmente, en cuanto a tratarse de una cuestión que no sea interpretada como un tratamiento tautológico de mera desobediencia de normas, esencialmente, definidos por el Poder Ejecutivo.

Por una parte, un criterio emanado desde el artículo 318 bis del Código Penal ratifica que ese delito organiza el peligro concreto de contagio, esto es, el que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria.

Esta interpretación supone que buena parte de las conductas del Código Sanitario pueden ser reconducidas al artículo 318 del Código Penal reprochado, con lo cual no es posible declarar su inconstitucionalidad. No obstante, el riesgo específico que dimana de la conducta, sin vincularlo al Código Sanitario, admite una fórmula que puede ser conciliable con una determinación administrativa en sede penal que responsabilice la dimensión de libertad comprometida, lo que puede, incluso, ser desvirtuado con prueba en contrario. En ese entendido, admitimos una interpretación conforme a la Constitución.

42°. Por lo expuesto, estuvimos por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad, pues no estimamos desproporcionada ni carente de parámetros la determinación de la pena que puede imponerse al imputado en la gestión pendiente, lo que pende de cada caso concreto, conforme a las normas generales aplicables en la materia previstas en el Código Penal, cuya determinación corresponde al Juez del Fondo, ni consideramos que se infrinja la exigencia constitucional de describir expresamente la conducta sancionada, conforme a los criterios expuestos que admiten una interpretación conforme a la Constitución, como lo ha venido haciendo la Corte Suprema.

## **PREVENCIONES**

**El Ministro señor CRISTIÁN LETELIER AGUILAR concurre a acoger el requerimiento, además, conforme a los siguientes razonamientos:**

1°. Que, como lo ha señalado este Tribunal, el mandato de reserva de ley en materia de tipicidad penal contenido en el inciso noveno del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política exige que la conducta a la que se ha atribuido una sanción se encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal, de manera que los sujetos imperados por ella tengan una suficiente noticia previa acerca de la conducta que les resultará exigible. (Ver entre otras, sentencias roles N°s 479 c. 25; 2738 cc. 4 y 5; 2744 c. 6; 2953 c. 8 y 3329 c. 19).

2°. Que, el art. 19, N° 3, inciso noveno, al consagrar el principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad y su cumplimiento exige que sea el legislador quien formule los tipos penales y que ello se haga de manera precisa y determinada, concluyéndose que existe un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir



que la ley describa expresa, clara y comprensiblemente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona. (Ver roles N°s 24 c. 5; 306 c. 9; 468 c. 12; 559 c. 12; 781 c. 7; 1011 c. 4; 1351 c. 23; 1352 c. 23; 1432 c. 26; 1443 c. 23; 2615 c. 27; 2744 c. 8; 2846 c. 14 y 2953 c. 10).

3°. Que, a su vez debe tenerse presente la diferencia y la interrelación recíproca entre los principios de legalidad y de tipicidad en materia penal. En este sentido, el segundo tiene un contenido propio, en tanto opera como una de las concreciones del primero. En este orden, el principio de legalidad satisface un estándar, cual es la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en una norma que tenga el rango y la fuerza de ley, además de ser derecho legislado en el sentido formal. Por su parte, la garantía de tipicidad requiere, para ser satisfecha, la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta (ver roles N°s 244 c. 10; 480 c. 5; 2666 c. 27; 2744 c. 29; 2953 c. 28). Por otra parte, el principio de tipicidad exige que el legislador haya realizado *“la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito”* (Cury, Derecho Penal, Tomo I, p.229), de esta forma siguiendo a Zaffaroni, Muñoz Conde y Cury, el delito, ya tipificado, puede ser entendido como *“la infracción de un deber ético social fundamental”* (Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Cuarta edición, 2007, Editorial Jurídica de Chile, p. 58).

4°. Que, en el constitucionalismo liberal, no puede preterirse la estrecha relación del principio de reserva de ley penal con el principio de separación de poderes. En este sentido, se busca proscribir que el poder ejecutivo cree tipos penales para por esa vía perseguir penalmente con nombre y apellido, ni tampoco a quienes se le oponen, para dejar la fijación de los tipos al legislador como representante plural de la sociedad completa en función su diversidad expresada en las urnas, siendo claves para la interdicción de la arbitrariedad penal los caracteres de generalidad y abstracción de la ley.

5°. Que, desde esa perspectiva debe ser analizado el fenómeno de las llamadas *“leyes penales en blanco”*, descritas como *“aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria”* (Hans-Heinrich Jescheck: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 150). También se ha señalado que *“la ley penal en blanco es aquella que determina la sanción aplicable, describiendo sólo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresamente o tácitamente”* (Enrique Cury, La ley penal en blanco, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1988, p. 38);



6°. Que, acerca de las leyes penales en blanco mucho se ha dicho y escrito, admitiendo diversas clasificaciones, dentro de las cuales resulta relevante la que alude a las leyes penales en blanco propias, propiamente tales o en sentido estricto, entendidas como aquellas en las cuales alguno de los elementos del tipo no se encuentra en la ley, sino que la misma se remite a una norma de rango infralegal que termina de completar y delimitar la descripción del tipo, que no es completa ni suficiente, pasando entonces la persecución penal a ser administrada por el poder ejecutivo mediante la dictación de dichas normas administrativas infralegales que amplían o restringen el campo de lo punible al determinar el contenido final del tipo.

7°. Que, en un Estado democrático el *ius puniendi* se traduce en la pena penal, que implica la privación de derechos que incluye parte de los más preciados del ser humano: la libertad personal y sus derechos ciudadanos. En este sentido, encontrándose el poder sometido a derecho, la legitimidad del *ius puniendi* tiene diversos factores, uno de ellos es que la ley - emanada de un órgano electo y que manifiesta la voluntad del soberano- sea la fuente de los tipos penales, a lo que se une el principio de separación de poderes, para que sea administrado en sede judicial, y que no sea usado por los gobernantes de manera diferente a los caracteres de generalidad y abstracción propios de la ley.

8°. Que, tal sentido, las leyes penales en blanco vienen a relativizar la función garantista de la legalidad y tipicidad penal. En cuanto a la norma del inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, la doctrina penal sustantiva ha señalado que el inciso noveno del N° 3° del artículo 19 constitucional pareciera proscribir la posibilidad de existencia de leyes penales en blanco, pues ninguna ley podría establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, y esto, indicaría una prohibición de remisión a otras disposiciones, sobre todo si ellas son de una jerarquía inferior. Este criterio, por otra parte, fue defendido por una considerable mayoría de los miembros de la Comisión que redactó el proyecto de Constitución, de conformidad con cuyo punto de vista la disposición tenía por objeto y significaba la proscripción de toda ley penal en blanco (Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 399, pág. 3151, citada por Enrique Cury Urzúa, en su obra "Derecho Penal, Parte General", Décima Edición, 2010, Ed. Universidad Católica de Chile, p.178). A su vez, respecto de las llamadas "leyes penales impropias", este tribunal ha entendido que las remisiones a otros cuerpos con rango y fuerza de ley son constitucionalmente legítimas, restando el examen de las remisiones a normas o actos infralegales.

9°. Que, en un ejercicio de interpretación originalista y de permisivismo relativo, este Tribunal ha admitido la existencia de leyes penales en blanco propias bajo estándares restrictivos (ver, entre otras, sentencias Roles N°s 24, 306, 468; 559; 781; 1973; 2716; 2773; 5304), que pueden resumirse en:



- Que la ley establezca el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infralegal de complemento solamente elementos accidentales del tipo

- Que la norma de complemento sea un reglamento, dentro de lo cual cabe exigir que sea dictado por el Presidente de la República - contenido entonces en un Decreto Supremo- y que sea de carácter general y abstracto

- Que sea publicado en el Diario Oficial

10°. Que, aun cuando los estándares jurisprudenciales precedentemente enunciados pueden ser objeto de crítica, no debe perderse de vista que constituyen el cartabón usado por más de treinta años en materia de control de constitucionalidad de la ley penal en la materia *sub lite*.

11°. Que, al respecto, cabe observar las siguientes cuestiones acerca del precepto cuestionado:

- Dentro del núcleo esencial de la conducta se encuentra la mera “desobediencia” a órdenes de la autoridad administrativa. Es decir, si la garantía de legalidad penal quiso privar al poder ejecutivo de la auto atribución de potestades para crear delitos penales, la norma establece justamente un inicio de tal práctica prohibida, recalándose que la norma, dentro de su graduación, contempla una pena de presidio.

- El tipo se complementa por “reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad”, sin señalar específicamente a un reglamento y determinando que tales “reglas” se pueden entonces contener en instrumentos jurídico administrativos de cualquier tipo, incluida una simple resolución exenta, agregándose que el alcance territorial de las mismas no ha sido general, pues las medidas sanitarias de pandemia han sido administradas por comunas, lo que determina que el complemento no es de carácter general ni menos abstracto, a lo que se suma que han sido comunicadas por vías radicalmente distintas heterodoxas, como los matinales de tv, cadenas nacionales, páginas web, etc., nada de lo cual aparece como un sucedáneo permitido de la publicación en el Diario Oficial para el sistema de fuentes, a lo cual se agrega que las reglas se modifican en cuestión de días para cada comuna, haciendo virtualmente imposible conocer las de una provincia completa para el ciudadano. La garantía de la *lex certa* se ve así degradada a lo que podría llamarse como la resolución exenta incierta.

- El delito se comete “en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”, quedando vagamente delimitado su horizonte temporal y contextual, pues “tiempo de catástrofe” es una referencia amplia distinta al Estado Constitucional de Excepción referido a catástrofe, que entonces



no está definida no delimitada. Además, la referencia a “tiempo de epidemia” o “tiempo de contagio” nada delimita, pues, por ejemplo, todos los años existe la temporada de influenza, resfrío común y virus sincicial, además de que el mundo se encuentra en “tiempo de contagio” de algunos males de salud hace décadas, como lo es por ejemplo el VIH, y todo ello constituye efectivamente un peligro para la salud pública.

12°. Que, por consiguiente, queda claro que la delimitación del tipo no es clara ni delimitada en su núcleo esencial por la ley, al punto que no se cumple el estándar de descripción suficiente ni de ley cierta, de acuerdo a los estándares de permisividad de leyes penales determinados por esta Magistratura a partir de su sentencia Rol N° 24, al no ser reconocibles los límites y elementos de la conducta tipificada. Adicionalmente, resalta el incumplimiento de tales estándares al poder ser complementada la norma impugnada por actos administrativos de efectos particulares y diferentes de un reglamento general y abstracto.

13°. Que, por todo lo expuesto que estos previnientes consideran que el requerimiento debe ser acogido, además, por ser el precepto cuestionado una ley penal en blanco, infringiendo el inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

14°. Que, adicionalmente, este voto no incursionará en la discusión acerca de ser o no una ley penal abierta por motivos adicionales a los expuestos, ni tampoco acerca de eventuales infracciones del principio de culpabilidad al contrastar el precepto cuestionado con el artículo 318 bis del mismo cuerpo legal.

15°. Que, finalmente, sin perjuicio de lo razonado en el presente voto, no deben olvidarse tampoco las atribuciones de los tribunales del fondo para conocer y resolver acerca de lo apegado a la ley o lo antijurídico que resulte usar la infracción a una resolución exenta como título para formular imputaciones penales, lo cual podrá traducirse además en una cuestión de validez de actos y resoluciones del proceso penal.

**El Ministro señor NELSON POZO SILVA estuvo por acoger el requerimiento y declarar la inaplicabilidad del artículo 318 del Código Penal, conforme a las siguientes argumentaciones:**

#### **I.- GENERALIDADES**

1°. Que la necesidad de adecuar el Derecho penal a nuevas exigencias de las sociedades contemporáneas no implica la reducción de las garantías y la ampliación de foco de atención del recurso punitivo estatal. Esas actualizaciones no pueden obviar el respeto a marcos de dignidad y libertad reconocidas a los ciudadanos. De ahí que es necesario verificar si las nuevas justificaciones se ajustan a un modo determinado de ejercicio del poder punitivo, que en este caso se nutre de los postulados de un Estado Democrático de Derecho.





2°. Que, si bien es cierto, por razones muchas veces de orden populista, el Derecho penal ha ampliado sus horizontes a espacios relegados otrora al Derecho administrativo y disciplinario, no menos viable es que se debe racionalizar la intervención, de cara a los postulados orientadores de la actividad penal y a la realidad legislativa, que permitan predicar una cierta proporcionalidad conforme a las exigencias de un modelo de Estado Democrático de Derecho.

3°. Que el Derecho penal nuclear se concibe como el Derecho penal de bienes jurídico-penales altamente personales, protegido mediante tipos configurados como delitos de lesión. Por su parte, el Derecho penal accesorio, empieza a tomar como referente, como *ratio* de tutela a los bienes jurídico-penales supraindividuales o colectivos, a los intereses difusos, contando, como recurso de técnica legislativa, fundamentalmente, con los denominados delitos de peligro, así como recurriendo a la técnica de la ley penal en blanco. Es por ello que, junto a la constatación de déficits de legitimidad, también se ha criticado la merma de garantías que supone el recurso legislativo a los delitos de peligro.

## II.- LEY PENAL EN BLANCO PROPIA

4°. Que la dogmática (Edmund Mezger) considera que es posible hablar de tipos en blanco. En efecto, ese jurista clasificó las leyes (tipos) en blanco, distinguiéndolas en propias e impropias. “La ley en blanco impropia es aquella que confía la complementación de su precepto a otra disposición contenida en ella misma o a otra ley, “emanada de la misma instancia legislativa”; las propias, en cambio, son las que abandonan la facultad de complementarlas a una disposición “emanada de otra instancia legislativa”, es decir, de una instancia legislativa de jerarquía inferior a la de la ley formal” (Enrique Cury, La Ley Penal en Blanco, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1988, p.27).

5°. Que lo relevante lo constituye el origen de la norma complementaria. Ese complemento es siempre parte integrante del tipo y cumple las mismas funciones en lo concerniente a su significación como fundamento de antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal.

En el devenir histórico, las leyes penales en blanco se empleaban para la tipificación de hechos punibles insignificantes, los llamados “delitos de bagatela”, sin embargo, se han ampliado a temas propios de las relaciones económicas, el mercado de capitales, el tráfico motorizado, las comunicaciones, la salud pública y las obligaciones tributarias, todos ilícitos con una impronta económica o pluriofensivas.

6°. Que no cabe duda que de algún modo las leyes penales en blanco atentan contra el “*nulla poena sine lege scripta*”, sin embargo, la duda surge de manera abierta en aquellas leyes penales en blanco propias, esto es, en la utilización de instancias legislativas de jerarquía inferior a la ley, pues aquellas serían verdaderos agravios al artículo 19 N° 3, inciso final, del Código Político, que obliga que la descripción de la



conducta a sancionar aparezca expresamente descrita en la ley (principio de taxatividad penal).

7°. Que redundando en un serio problema la opción de admisibilidad de los tipos en blanco, puesto que ya en el año 1982, en Friburgo de Brisgovia, Alemania, en un Coloquio Internacional de Derecho penal organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, el cual versó sobre “Concepción y principios de Derecho Penal Económico y de los Negocios”, se adoptó un pronunciamiento en el sentido que en materia de especificación de requisitos de las leyes penales se debía asegurar el respeto al principio de reserva, lo cual implicaba que en derecho comparado se ha tomado conciencia de los problemas suscitados por las leyes en blanco respecto a su admisibilidad constitucional, pues ello significaría atentar contra el citado principio de “*nulla poena sine lege scripta*”.

### III.- DELITOS DE PELIGRO

8°. Que para calificar una conducta como peligrosa, desde la perspectiva jurídico-penal, habrá que verificar la probabilidad de lesión, en el caso concreto, atendiendo los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se despliega esa situación, y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por el autor. Tal situación de peligro opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a esos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, los principios de intervención mínima y ultima ratio del Derecho penal-constitucional.

9°. Que, si la lesividad de los delitos de peligro se confirma mediante la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, debe decirse, a efectos de ser coherente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que en tal desvalor debe estar implícito el análisis “*ex ante*” de la peligrosidad real al bien jurídico, esto es, la creación de riesgo potencial que amerite el adelantamiento de la esfera de protección encomiable con una sanción penal.

Corcoy Bidasolo, señala que en “aquellos delitos en los que se protege un bien jurídico-penal supraindividual y además se requiere la concurrencia de un peligro concreto para otro bien jurídico-penal existe un plus de antijuridicidad y lesividad – los llamados delitos de peligro concreto-, respecto de los delitos en los que únicamente se protege el mismo bien jurídico-penal supraindividual –los llamados delitos de peligro abstracto-”, puesto que, asegura la autora, en los delitos de peligro concreto se lesiona el bien jurídico supraindividual, y simultáneamente se pone en peligro uno individual por medio de la estructura de una tentativa de lesión respecto del último (Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 144-145).

10°. Que cuando los juristas hablan de la “**necesidad de ofensividad**” se refieren a una condición imprescindible para apreciar una infracción penal: que la



conducta de una persona o un grupo haya dañado o puesto gravemente en peligro el bien o interés que la ley, mediante amenaza, quería proteger (haya “ofendido”). Si no se exigiera una condición de esa clase, que es de carácter objetivo, se castigaría por igual, por ejemplo, un intento de lesionar “viable” y otro absolutamente inviable. Las conductas que se castigan no reciben ese castigo solamente porque estaban prohibidas, sino porque además hacían daño. De no ser así, lo único que explicaría la razón de ser de las leyes punitivas sería el principio de autoridad, y eso, en un Estado de Derecho “democrático”, es inadmisibles, tanto para el derecho penal como para el Derecho sancionador administrativo y en el Derecho constitucional.

11°. Que una parte importante del debate en torno a la aplicación del artículo 318 del Código Penal, en un el contexto de pandemia tiene que ver, en primer término, con si este ilícito se inscribe dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto o concreto. Así, quienes estiman que conforma un delito del primer grupo sustentan que el solo quebrantamiento de la cuarentena, por ejemplo, salir de casa sin la autorización dispuesta por la policía, hace presumir un peligro para la salud pública, desde que, como indica el tipo penal, tal conducta importa la infracción de reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de epidemia.

La posición opuesta (generalmente la defensa del imputado) ha insistido en que el artículo 318 constituye, más bien, un delito de peligro concreto y, por lo mismo, la única forma de poner en riesgo constatable la salud pública es que el individuo que quebranta la cuarentena, además, esté infectado con Covid-19 o presente signos evidentes de la enfermedad.

#### IV.- HISTORIA DE LA NORMA

12°. Que, para algunos estudiosos, el artículo 318 contempló una genuina figura de peligro abstracto desde su entrada en vigor hasta 1969, al sancionar al que “infringiere las reglas higiénicas o la salubridad acordadas por la autoridad en un tiempo de epidemia o contagio” (El Mercurio Legal: Consideraciones acerca del art. 318 del Código Penal en tiempos de Covid-19 por Jaime Salas). Sin embargo, a partir de la modificación legal introducida el 11 de junio de 1969, se incorpora la expresión “**pusiere en peligro la salud pública**”, permitiendo pasar de un delito de peligro abstracto, donde bastaba la mera infracción a las reglas sanitarias, hacia uno de peligro concreto, o bien, abstracto-concreto o de aptitud / idoneidad, donde, además de exigirse la infracción de la regla sanitaria, **debe ponerse en peligro la salud pública**.

Este cambio legislativo, se ha dicho, se explica acertadamente bajo el prisma de un reconocimiento de la “**lesividad**”, como uno de los límites del *ius puniendi*, en estricta relación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En otras palabras, el *ius puniendi* no cubre comportamientos que no sean susceptibles de lesionar o de poner en peligro bienes jurídicos. Evidentemente, esto se condice con la discutible constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto. Así, para entender que el actual artículo 318 del Código Penal podría ajustarse a la Constitución, ha de sostenerse que exigiría algo más que la mera infracción a las reglas sanitarias.



13°. Que el profesor Juan Pablo Mañalich señala que “El artículo 318 del Código Penal, antes y después de la modificación de junio de este año, tipificaba y sigue tipificando un delito de peligro abstracto contra un bien jurídico individual, que deberíamos identificar con la salud de cualquiera persona natural. Parece fundada la tesis de que, tanto el artículo 318 como el artículo 318 bis, tienen el carácter de leyes penales en blanco propias, por lo que esto debería llevar a preguntarnos si los estándares que el Tribunal Constitucional chileno ha fijado para determinar la aceptabilidad constitucional de esa particular técnica legislativa se ven o no satisfechos en este caso. Esto genera cierta presión para la manera en que debemos interpretar esas disposiciones y en especial el artículo 318; deberíamos reconocer que un constreñimiento nos impone, a la hora de perfilar una determinada propuesta interpretativa, que esa propuesta logre adecuar la norma a la exigencia constitucional de determinación” (UACH. <https://diario.uach.cl/expertos-abordaron-el-covid-19-y-su-impacto-en-el-derecho-penal/>).

#### V.- PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD

14°. Que en los actuales Estados del Derecho constitucional se prohíbe al legislador y al juzgador imponer penas por una conducta que no lesione un bien jurídico, lo que se conoce como “principio de ofensividad” (lesividad social) (Zaffaroni, Eugenio, Apuntes sobre el bien jurídico, fusiones y (con)fusiones, En: Temas Actuales de Dogmática Penal, Universidad del Sinu, 2013, p.33).

Es así, que el Derecho penal como sector del ordenamiento jurídico penal-constitucional regula las relaciones humanas y ordena a la sociedad para hacer posible la convivencia, y en tal rol protege valores fundamentales para el individuo y la comunidad, conminando de sanciones y mediante la fijación de medida de seguridad para quienes contra ellos atenten. El principio de lesividad incordiado en la configuración de los delitos concretos como requisitos de tipicidad o de antijuridicidad, según la doctrina que se sustente, todos ellos en afán de determinar consensuadamente la naturaleza, contenido y funciones del bien jurídico protegido.

Gonzalo Fernández argumenta que en la doctrina penal contemporánea se proclama con singular insistencia el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal. La intervención penal significa una solución de extrema ratio y, por tanto, está gobernada por los principios de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos (Carlos Künsemüller Loebenfelder, El Derecho Penal Liberal. Los Principios Cardinales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 156).

Los bienes jurídicos penales han de verse como concreción de los intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho Penal. Así entendidos, han de constituir las referencias básicas para determinar la función del Derecho Penal en un Estado social y democrático de Derecho (Santiago Mir Puig, Límites del Normativismo en Derecho Penal, In memoria de Eduardo Novoa Monreal, Universidad Central, 2007, p. 45).



En síntesis, la exigencia de un bien jurídico lesionado en el ámbito penal por la afectación de la ofensividad penal es propia de la condición del Estado de derecho y su correspondiente antropología jurídica (Zaffaroni, op cit, p. 34).

15°. Que por su parte Carlos Nino afirmó que “todo delito lesiona un bien jurídico...de modo que no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido” (Nino, Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica, México, UNAM, 1974, p. 56). El principio de dañosidad social es correlativo a la protección de bienes jurídicos, en el entendido que la conducta humana solamente puede ser un injusto punible si lesiona un bien jurídico, de modo que la conducta ilícita lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, que lesiona bienes jurídicos.

Además, el ordenamiento jurídico cumple una función de tutela o protección de los bienes y valores fundamentales imprescindibles para el pacífico desarrollo de la vida en sociedad, frente a las graves formas de agresión que constituyen los delitos.

#### **VI.- IMPUTACIÓN Y EL DELITO DE PELIGRO CONTROVERTIDO**

16°. Que los delitos de peligro abstracto, instrumentos preferentes de las nuevas formas de regulación son objetados en razón de su legitimación, precisamente, desde la perspectiva de la teoría del bien jurídico. En otras palabras, si la lesión de un bien jurídico no es requisito típico, y si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente, habrán de carecer de legitimación conforme al citado principio en los casos de los llamados delitos de peligro abstracto, pues en tal supuesto se establece una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro.

Si llamamos bien jurídico a los presupuestos necesarios para la vida social en el rango y marco de la Ley Fundamental, y como efecto los ciudadanos ocupen una posición que constitucionalmente les corresponde y disfruten de la libertad protegida por los derechos fundamentales, la proclamación del Derecho Penal como un instrumento al servicio de la protección de bienes jurídicos adquiere dignidad constitucional (Hefendehl, El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa, en Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I. Edisofer, 2008, pp. 389 y ss.).

La política penal afincada en la protección de bienes jurídicos constituye una realización material del reconocimiento del hombre, titular de libertad y dignidad, como sujeto participativo en los procesos sociales (Hormazábal, Hernán; Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal, Lexis Nexis, 2006, p. 169). El principio de ofensividad penal es una directiva dirigida al legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta concreta, el supuesto de hecho o Tatbestand (fáctico) si en el caso no ofende un bien jurídico, porque el juez siempre debe emitir sentencias en el marco constitucional (Zaffaroni, op. cit. p. 34).

17°. Que los criterios para estimar al principio de lesividad u ofensividad como elementos que escapan a la constitucionalización sin visualizar estándares de racionalidad que debe asistir al legislador al momento de creación de la norma, resulta



pertinente esgrimir que en los delitos de peligro abstracto, conforman una especie de presunción de derecho de existencia del peligro, que por lo mismo se priva a la noción de peligro de toda función en la estructura del tipo, es decir, el injusto. Se está construyendo un delito a partir de un concepto vacío, de una mera idealidad (una ficción).

En conclusión, a lo razonado constitucionalmente, el peligro pertenece al núcleo del tipo y de este modo es fundante de la ilicitud, y ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia y menos una “**presunción de derecho**”, por lo tanto, no resulta viable como una prístina fundamentación en el derecho político, constituyendo un rodeo para conducir a la incriminación de la mera desobediencia. Es tal que el artículo 19, N° 3, inciso séptimo, de la Carta Fundamental prohíbe las presunciones de derecho en materia de responsabilidad penal.

#### VII.- ORIGEN INCONSTITUCIONAL DE LA IMPUTACIÓN PENAL EN EL TIPO DELICTIVO

18°. Que cabe tener presente que en el proceso de tipificación de los delitos de peligro abstracto no se establece la relación de inmediatez del peligro como un bien jurídico, por tanto, se conforma una presunción de peligro para un bien jurídico que no admitiría prueba en contrario (*iure et de iure*). En resumen, con la creación de esos delitos el legislador estaría castigando meros comportamientos y vulneraría el principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*).

19°. Que “La presunción de derecho del peligro implica sin duda unos costos evidentes, que se sufragan sacrificando los principios liberales. La disminución de los requisitos de punibilidad es al mismo tiempo una merma de las posibilidades de defensa y supeditan al juez al legislador. El alejamiento de los principios penales capitales acarrea, como obligada consecuencia -perseguida sin duda por sus defensores- un desconocimiento de los principios procesales tradicionales, que forman parte, indudablemente, del Derecho Penal Liberal, en cuanto medios indispensables para su realización práctica en una organización jurídica democrática” (Carlos Künsemüller Loebenfelder, op. cit. p. 188).

20°. Que, en la doctrina nacional señaló Garrido Montt: “Los delitos de peligro abstracto no requieren la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí misma peligrosa, y por ello su prohibición se conmina con una sanción personal. Se miran con gran reserva estos tipos penales, que no corresponden a la concepción de un Derecho Penal protector de bienes jurídicos; en el hecho se proyectarían a una prohibición de conductas por mera disposición de la autoridad del Estado. Hay tendencia en la doctrina a considerar que el delito de peligro siempre debe entenderse en el sentido de **peligro real, concreto, y que afecte a un bien jurídico determinado**. De no haber producción de peligro no habría tipicidad” (Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, T. II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, cit. pp. 253-254).



### VIII.- PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL

21°. Que resulta atentatorio al principio de proporcionalidad en sentido amplio, que no sólo requiere que la intervención penal persiga la finalidad de protección de bienes jurídicos – penales, sino que resulte idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Sólo será idónea aquella intervención penal que parezca capaz de contribuir al objetivo de prevención de los delitos que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico – penal a proteger. Es lo que se denomina el principio de utilidad. Si el Derecho penal de un Estado constitucional se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos.

Es tanto, que la utilidad de la pena no puede valorarse en función de los fracasos en la evitación de delitos, puesto que la clave de experiencias históricas ha de buscarse entre los que no han delinquido y en aquellos que lo hubieren hecho a pesar de no concurrir la amenaza de una pena.

Sólo será idónea la intervención penal que sirva para evitar la lesión del bien jurídico-penal que se trata de proteger, debiendo tipificarse únicamente como delitos hechos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos penales concretos. Ello se conecta con el principio de lesividad ya señalado, de forma que sería inútil la protección de un bien jurídico – penal abstracto, donde el peligro es un juicio de probabilidad “ex ante”: la conducta peligrosa no deja de serlo porque no cause un resultado de lesión. La crítica es prever delitos de peligro que resulten inidóneos para la protección de bienes jurídicos – penales. No es la eficacia lo susceptible de discutirse, sino la proporcionalidad en sentido estricto, a la gravedad del hecho, el cual puede acudir a las sanciones administrativas y no necesariamente al Derecho penal.

En cuanto a la necesidad de la intervención penal, la utilización de penas y las medidas de seguridad per se limitan derechos, generalmente fundamentales, y pueden llegar a hacerlo en forma grave. Si el beneficio en términos de protección puede conseguirse con un menor costo en términos de limitación de derechos, resultará excesivo. El principio de la máxima utilidad posible para las posibles víctimas debe combinarse con el principio del mínimo sufrimiento para los delincuentes. Entra en juego el principio de subsidiaridad, según el cual el Derecho penal ha de ser la “*ultima ratio*”, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El segundo principio derivado de limitación del Derecho penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del carácter fragmentario del Derecho penal. Significa que esta disciplina no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto significa que la intervención penal requiere un juicio de ponderación que compare la gravedad de la intervención y la importancia del beneficio que de ella se espera. Una vez



comprobada la idoneidad y la necesidad de la intervención penal, aún falta comprobar que el costo de la intervención penal representada por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio (protección) que con ella se puede conseguir.

Si bien la lógica que ha de presidir la exigencia de proporcionalidad de las penas implica el principio constitucional de proporcionalidad, igualmente, este principio obliga a comparar la gravedad de la intervención penal con la importancia del objetivo de protección futura que persigue, en el sentido estricto de la exigencia de proporcionalidad de la gravedad de la pena a imponer con la gravedad del delito cometido requiere, no pudiendo obviar constitucionalmente la perspectiva “ex ante”, en el sentido de idea de retribución frente a la obtención en términos de protección de bienes jurídicos lesionados o en peligro de lesionarse concretamente. La proporcionalidad estricta del principio de proporcionalidad incluye la gravedad del ataque al bien jurídico – penal, lo que implica no sólo una utilización del esquema de motivación racional en base al principio de imputación personal, sino que no puede haber afectación penal ante la existencia de meras presunciones de derecho, tal como las invocadas en el caso concreto sustentadas en dogmas, los cuales están expresamente prohibidos por el constituyente en el artículo 19°, N°3, inciso 7° de la Carta Fundamental.

#### IX.- INFRACCIONES MANIFIESTAS DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL

22°. Que en la descripción típica del actual artículo 318 del Código Penal tras ser promulgada la ley N° 17.155, que modificó su redacción, en la actualidad además que se infringiere las reglas higiénicas y la salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de epidemia o contagio, se adicionó la puesta en peligro de la salud pública, infringiéndose el “**principio de lesividad**” en la formulación del tipo respectivo. En efecto, nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional y el principio de lesividad en concreto, consiste en que nadie puede ser castigado por un hecho que, aún correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por este protegido, algún daño o peligro, circunstancia que tanto el legislador como el juez requieren en virtud del principio citado (lesividad), establecer la conducta dañosa o de peligro en una ley ordinaria, en virtud que las propias garantías constitucionales son un límite o condición sine qua non de la intervención penal.

23°. Que, por otra parte, la concepción de bien jurídico permite inferir en términos lógicos, que la cuestión surgida sobre los delitos de peligro implica la exigencia que para que esté justificado el castigo penal de un comportamiento, como consecuencia de que esté el bien tutelado efectivamente, susceptible de verse afectado mediante un peligro. De lo anterior se desprende, en primer término, la exclusión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto y, en segundo lugar, una precisa y rigurosa caracterización de los delitos de peligro concreto, dado que el daño como el





peligro eventual, configurados como elementos constitutivos del delito deberán ser objeto de prueba a cargo de la parte acusadora.

24°. Que, la base para legitimar la construcción de un derecho penal de autor, antes que de un derecho penal de acto, mediante la configuración como lesivas incluso de las identidades personales, por ser (valoradas como) subversivas, terroristas, fundamentalistas o con inclinaciones diversas hacia el delito, u objetivamente peligrosas, o bien como enemigas, malvadas o peligrosas, pueden ser descritas como amenazas para el orden constituido, y como tales no pueden ser penalizadas de acuerdo a los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 19, N°3, inciso séptimo, de la Carta Fundamental, que prohíbe expresamente las presunciones de derecho en materia penal.

25°. Que un aspecto importante, en diversos ordenamientos jurídicos es el uso de la razonabilidad suficiente en un aspecto comparativo con la proporcionalidad. Este enfoque ha primado en cuanto a que la constitucionalidad de las leyes que restringen los derechos fundamentales han generado un nuevo espacio a la regla de la proporcionalidad, ya sea en cuanto una medida infralegal – un acto administrativo, un reglamento o una orden ejecutiva- restringe derechos fundamentales, basado en una razón de reconocimiento sustentado en que la legislación que restringe derechos fundamentales se controla de acuerdo con los requerimientos de la proporcionalidad, entonces la constitucionalidad de cualquier otro acto que restrinja los derechos fundamentales de acuerdo con la autorización legal debe también ser controlado de acuerdo con el mismo principio (Aharon Barak, Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones, Ed. Palestra, Lima, 2017, p. 408).

Si la ley es inconstitucional debido a que la restricción que ejercía sobre un derecho no era proporcional, claramente cualquier acto de rango infralegal autorizado por esta ley que restrinja el derecho fundamental será ilegal, ya que ese acto se habría celebrado sin la debida autorización. A todo evento, la validez constitucional de un acto de rango infralegal será determinada de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

26°. Que el legislador no modificó, luego de la dictación de la Ley N° 17.155, en lo sustantivo la descripción típica del artículo 318 del Código Penal, puesto que la cuestión esencial es el **peligro hipotético, presunto, o estadístico** que no es materia propia del Derecho penal sino más bien del Derecho administrativo, lo que en definitiva genera la consecuencia que estamos en presencia de una mera infracción de medidas adoptadas por la autoridad sanitaria, que en ningún caso per se posibilitarán la imputación penal. La protección de bienes jurídicos supra individuales como es la salud pública tipifica delitos de peligro abstractos, tal como sucede con el artículo 318 y 318 bis, lo que redundo, que en todo caso se debe probar por el persecutor penal si “*ex ante*” la conducta era idónea para afectar la salud pública.



En resumen, y en relación a este aspecto para que exista una intervención del Derecho penal deben concurrir tres requisitos: infracción de la medida sanitaria, que la conducta sea idónea “*ex post*” atendida las circunstancias necesarias para afectar la salud pública y, por último, que el sujeto supiera que su conducta era idónea para afectar efectivamente la salud pública.

27°. Que, los límites en la aplicación de los delitos de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal son el respeto del principio de lesividad, el principio de antijuridicidad material y, consecuentemente, no es posible castigar automáticamente la infracción de las medidas dictadas por la autoridad sanitaria. Se afecta un elemento subjetivo, el dolo, atendido que para que pueda sancionar por estos delitos hace falta que el sujeto sepa que está contagiado o tenga indicios de ello, y con los cambios constantes de la pandemia, las medidas sanitarias no resultan tan evidentes en este punto lo cual desde el punto de vista de la infracción de medidas sanitarias es un elemento del tipo, como acaece con los artículos 318 y 318 bis ya citados.

En definitiva, la mera expansión de los instrumentos punitivos del Estado, circunstancia que omite la reconducción material de la lesividad de la conducta a un bien jurídicamente protegido -elemento normativo- conduce al Estado a la configuración de un derecho penal de desobediencia, en el cual el castigo se sustenta en una ausencia de descripción de la conducta sancionada, pues el utilizar la oración “**poner en peligro la salud pública**”, tiene como contenido un resultado. En otras palabras, estamos ante **un delito que carece de conducta**, produciendo un factor o elemento derivado, que es una norma inconstitucional en el caso concreto, por vulnerar el “principio de taxatividad,” consagrado en el artículo 19 N°3, inciso noveno de la Carta Política.

#### X.- CONCLUSIONES

28°. Que atendido lo razonado en los motivos expuestos no cabe más que acoger el requerimiento deducido a fojas 1 y ss. de estos autos.

Redactó la sentencia el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN; la disidencia, los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, y las prevenciones, los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y NELSON POZO SILVA, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 10.012-21-INA**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN



ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el País.

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