



2022

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

---

**Sentencia**

**Rol 11.945-2021**

[8 de septiembre de 2022]

---

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR  
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 318 BIS,  
DEL CÓDIGO PENAL

ELEUTERIO YONATAN GONZÁLEZ URIBE

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2100316995-K, RIT N° 115-2021,  
SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LETRAS, GARANTÍA Y FAMILIA DE  
CHILE CHICO

**VISTOS:**

Que, con fecha 23 de septiembre de 2021, Eleuterio Yonatan González Uribe ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 bis del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 2100316995-K, RIT N° 115-2021, seguido ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Chile Chico;

**Precepto legal cuya aplicación se impugna:**

El texto del precepto impugnado dispone:

**“Código Penal**

**Artículo 318 bis.-** *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, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”.*

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

A fojas 1, la parte requirente refiere que ante el Juzgado de Letras y Garantía de Chile Chico se sigue un proceso penal en su contra, en que el Ministerio Público lo ha acusado por cuatro delitos de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad, previstos en el artículo 318 bis del código punitivo.

Señala que los hechos de la acusación son los siguientes:

*“Habiendo sido decretado por el Presidente de la República el día 18 de Marzo de 2020 el estado constitucional de catástrofe a nivel nacional por el brote y desarrollo de la enfermedad infecto-contagiosa conocida como COVID19, y considerando lo previsto en los artículos 22, 36, 56 y 57 del Código Sanitario; Decreto Supremo N° 4 el Ministerio de Salud, de fecha 05 de febrero de 2020, que decreta alerta sanitaria por brote del nuevo coronavirus; resolución del Ministerio de Salud N° 341 de 12 mayo del año 2020, en el punto VII numeral 30; Resolución 36, de fecha 31 mayo 2020 y 660 exenta de fecha 5 de noviembre de 2020 de la autoridad sanitaria de la región de Aysén; números 8 bis al 10 de la resolución exenta n° 43 de fecha 14 de enero de 2021 del Ministerio de salud, normas que en resumen ordenaron una medida de aislamiento sanitario del tipo cuarentena a toda persona que de positivo a una prueba de antígenos para Sars Covid 19, con la finalidad de evitar el riesgo de propagación de la referida enfermedad, debiendo permanecer las personas en sus domicilios por 11 días, sin salir de los mismos, medidas que fueron debidamente publicadas en el diario oficial. En armonía con lo anterior, el imputado ELEUTERIO YONATAN GONZALEZ URIBE, con fecha 26 de marzo de 2021 alrededor del mediodía, concurrió al Hospital Dr. Leopoldo Ortega de Chile Chico, porque presentaba síntomas de un cuadro respiratorio alto de posible origen viral, por lo que se le efectuó un test de antígenos de Sars Covid19, que demora unos 30 minutos en obtener sus resultados, resultando positivo ya que el imputado estaba contagiado con esa enfermedad.*

*En ese momento, la Dra. Carmen Cruz Gallardo le notifica al imputado, que el mantenía Covid19 y que debía realizar cuarentena obligatoria en su casa y se le ofreció una residencia sanitaria, en caso de que prefiriese estar allá en lugar de su casa, lo que el imputado rechazó.*

*Posterior a eso, con fecha 28 de marzo de 2021 alrededor de las 17:50 horas, el imputado ELEUTERIO YONATAN GONZALEZ URIBE transitaba a bordo de una bicicleta por la calle Diego Portales, cerca del número 997 y en las inmediaciones de Belarmino Burgos de Chile Chico. El imputado portaba una mascarilla cubriendo su cuello, dejando su nariz y boca descubiertas.*



*Mas tarde, a eso de las 18:30 horas de ese mismo día, el imputado ELEUTERIO YONATAN GONZALEZ URIBE pasó por fuera del supermercado JD ubicado en Av. Bernardo O'higgins N° 501 de Chile Chico y luego de un rato, ingresó a ese recinto y en ambas ocasiones iba con su mascarilla cubriendo su cuello, dejando su nariz y boca descubiertas.*

*A continuación, alrededor de las 19:15 horas de la fecha en comento, el imputado estaba frente al Centro de Detención Preventiva de Chile Chico ubicado en Portales N° 700 de Chile Chico, conversando con un tercero y nuevamente usaba su mascarilla cubriendo su cuello, dejando descubierta su boca y nariz.*

*Con fecha 29 de marzo de 2021 alrededor de las 10:15 horas, la autoridad sanitaria de Chile Chico, le notificó bajo acta al imputado, de que este debía guardar cuarentena obligatoria en su domicilio que el fijó en Belarmino Burgos N° 2 de Chile Chico, a raíz de estar contagiado con Covid19 y que la misma debía abarcar desde el 24 de marzo y hasta el 3 de abril de 2021.*

*Con fecha 30 de marzo de 2021, el imputado se excusó de concurrir a ponerse su tobillera electrónica a Gendarmería, para cumplir su pena sustitutiva de monitoreo telemático en causa R.U.C. N° 2000395772-2, por estar guardando cuarentena.*

*No obstante aquello, con fecha 31 de marzo de 2021 alrededor de las 21 horas, el imputado salió a la vía pública sin usar mascarilla, en calle Belarmino Burgos número 2, para atender a personal de un camión repartidor de Super Pollo, que estaba descargando mercadería al interior de su domicilio”.*

Como gestión pendiente, la actora señala que se encuentra pendiente la audiencia de preparación de juicio oral.

Como conflicto constitucional, la requirente expone en primer lugar, que el precepto legal cuestionado vulnera el principio de legalidad y tipicidad, consagrado en el artículo 19 N° 3, incisos octavo y noveno de la Constitución Política.

Argumenta que el artículo 318 bis del Código Penal se configura como un clásico ejemplo de una ley penal en blanco propia, por cuanto el contenido prohibitivo del tipo penal se remite a normas de rango inferior al legal, en particular, a decretos exentos.

Señala la requirente que el tipo penal en examen no establece el núcleo de lo prohibido, toda vez que ello se configura precisamente con la “*infracción de una orden de la autoridad sanitaria*”.

Agrega que si el núcleo de la prohibición fuera la propagación de agentes patológicos, nos encontraríamos frente a un delito de resultado, que se configuraría por la transmisión de la enfermedad. Sin embargo, enfatiza que al tratarse de un delito de peligro, el núcleo del tipo penal es el incumplimiento de las órdenes de la



autoridad sanitaria, las que no cumplen con el estándar mínimo establecidos en los principios de legalidad y tipicidad.

Citando jurisprudencia de este Tribunal, Rol 9373, señala 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, pidiendo entregar a normas infralegales dictadas por otras autoridades, solamente la determinación de elementos secundarios o accesorios.

Como segundo capítulo de impugnación, la actora sostiene que la disposición legal examinada transgrede el principio de igualdad ante la ley, establecido en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, y la garantía del debido proceso, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad de las penas y la prohibición del *non bis in idem*, contenidos en el numeral 3, incisos primero y sexto del artículo 19 ya señalado.

En este punto, hace presente que la SEREMI de Salud de Aysén, ordenó la apertura de un sumario sanitario respecto de los mismos hechos contenidos en la acusación fiscal, y que por resolución N° 21111600, de 26 de agosto de 2021, se le condenó al pago de una multa de 50 UTM.

Detalla así, que no resulta racional que ante una misma conducta, una misma persona se vea expuesta a una doble sanción. Señala que el hecho de que exista esta doble persecución, tanto en sede penal, como en sede administrativa, refleja la desproporción del tratamiento otorgado por el legislador al Ministerio Público.

Añade que las sanciones administrativas constituyen ejercicio del *ius puniendi*, y que por tanto, en la medida en que una misma conducta está sancionada como delito por el derecho penal, y como infracción por el derecho administrativo sancionador, se produce una superposición de reglas aplicables a unos mismos hechos, vulnerándose el principio *non bis in idem*.

### **Tramitación**

El requerimiento fue admitido a trámite por la Segunda Sala de esta Magistratura, con fecha 28 de septiembre de 2021, a fojas 21, y se ordenó la suspensión del procedimiento. Por resolución de la misma Sala, el 22 de octubre de 2021, a fojas 131, se declaró admisible el libelo.

**Confiriéndose traslados de estilo, con fecha 22 de noviembre de 2021, a fojas 139, evacuó traslado el Ministerio Público, solicitando el rechazo del requerimiento.**

El ente persecutor señala que la norma cuestionada, se encuentra inserta en el Código Penal, en el Libro II, Título VI, Párrafo XIV, denominado “Crímenes y Simples



delitos contra la Salud Pública”, con lo que queda reforzada la idea de que es la salud pública el bien jurídico protegido.

Señala que el precepto describe claramente la conducta penada, esto es el “*generar a sabiendas riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria*”.

Agrega que dicha conducta tener lugar, además, *en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, y con infracción de una orden de la autoridad sanitaria*.

Sobre las alegaciones de la parte requirente, el Ministerio Público señala que éstas se asilan en sentencias previas de esta Magistratura, sobre el tipo penal del artículo 318 del Código Penal, por lo que el libelo no se encuentra adecuadamente fundado.

Refiere jurisprudencia de este Tribunal, que data del año 1983, con la STC 24, a la cual le siguieron las STC Roles N° 468, 549, 559, 2154, 2716 y 3115, entre otras, en las que se concluye que resultan constitucionalmente admisibles aquellas leyes cuya remisión para describir una conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada en instancia legislativa, así como aquellas que señalen expresamente la norma de remisión, aun cuando no sea de origen legislativo, cuando esté descrito el núcleo esencial de la conducta.

Afirma que, bajo dichos parámetros, el artículo 318 bis del Código Penal cumple el mandato de taxatividad exigido por la Constitución.

Señala que el tipo penal criticado es un tipo de peligro concreto, desde que consiste en *generar, a sabiendas, riesgo de contagio*.

En este punto, refiere que en la acusación se describe que el requirente fue diagnosticado con Sars Covid 19, y no obstante ello, y las órdenes de la autoridad, provocó efectivamente un riesgo de contagio, todo lo cual es exigido por la norma objetada. Así, a juicio de la Fiscalía, el tipo penal describe claramente la conducta y la rodea de otras condiciones que deben concurrir para resultar punible.

Indica además que las medidas de la autoridad frente a la pandemia hacen referencia a los artículos 26 y 27 del Código Sanitario, por lo que las órdenes de la autoridad sanitaria relativas al aislamiento no se encuentran en disposiciones únicamente reglamentarias, sino que se encuentran plasmadas en la ley indicada.

Finalmente, sobre la supuesta infracción al principio de *non bis in idem*, el ente persecutor sostiene que el artículo 318 bis del código punitivo, no contiene elemento alguno que suponga o amenace la sanción doble que se reclama, en atención a que la existencia de un procedimiento de naturaleza administrativa no se deriva del precepto objetado.



Afirma en este punto, que en el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Procesal Penal chileno, existe efectivamente un derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por un mismo hecho en sede penal, pero no existe una consagración en la ley chilena o en las Convenciones de Derechos Humanos a las cuales se encuentra suscrito nuestro país, de un derecho a no ser sancionado administrativa y penalmente por el mismo hecho.

Concluye señalando que mientras las sanciones que impone la Administración en este último ámbito tienen por objeto resguardar la potestad de la autoridad sanitaria, el artículo 318 del Código Penal constituye un delito de peligro que protege la salud pública, ante el riesgo de propagación de una epidemia.

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

En Sesión de Pleno de 10 de mayo de 2022 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos de los abogados Mariano Salas Arriagada, por la parte requirente, y de Rodrigo Peña Sepúlveda, por el Ministerio Público. Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

#### **Y CONSIDERANDO:**

##### **I. ANTECEDENTES RELEVANTES.**

**PRIMERO.** Eleuterio Yonatan Uribe, deduce requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad respecto del artículo 318 bis del Código Penal, sirviendo como gestión pendiente la causa RIT O-115-2021, por el delito de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad pública, tramitada ante el Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Chile chico, conforme al certificado que rola a foja 15.

**SEGUNDO.** Que, en relación con la gestión pendiente que incide en el requerimiento, el actor señala que se trata de la causa penal seguida en su contra, por su eventual responsabilidades como autor del delito del artículo 318 bis del Código Penal. Asimismo, precisa que con fecha 23 de junio del 2021, se realizó audiencia de formalización de la investigación, como consta en fojas 02 a 04, por los siguientes hechos: **(a)** El requirente, con fecha 26 de marzo del 2021, concurre al centro hospitalario, dado el cuadro respiratorio de posible origen viral, oportunidad en la cual se le efectúa test de antígeno de SARS COVID-19, que presentó resultado positivo, confirmando que el imputado estaba contagiado con esa enfermedad. **(b)** Debido a lo anterior, el médico a cargo le informa al actor que debía realizar cuarentena obligatoria. **(c)** Posteriormente, con fecha 28 de marzo del 2021, el imputado, habría pasado por fuera de un supermercado y luego ingresado a dicho recinto, haciéndolo con su mascarilla cubriendo su cuello, dejando su nariz y boca



descubiertas. **(d)** Más tarde, durante el mismo día, el imputado habría estado frente al Centro de Detención Penal Preventiva de Chile chico, conversando con un tercero, usando su mascarilla de forma inadecuada. **(e)** Con fecha 29 de marzo de 2021, la Autoridad Sanitaria de Chile chico, le notificó bajo acta al imputado, de que este debía guardar cuarentena obligatoria en su domicilio, a raíz de estar contagiando COVID-19, y que la misma debía abarcar desde el 24 de marzo, hasta el 03 de abril del 2021.

**(f)** Con fecha 30 de marzo del 2021, el imputado se excusó de concurrir a poner tobillera electrónica a Gendarmería, para cumplir pena sustitutiva de monitoreo telemático en causa RUC N° 2000395772-2, por estar cumpliendo con cuarentena. **(g)** No obstante lo anterior, con fecha 31 de marzo del 2021, el imputado salió a la vía pública sin usar mascarilla, para atender personal de un camión repartidor, que estaba descargando mercadería al interior de su domicilio.

**TERCERO.** Que, con fecha 06 de septiembre del 2021, el Ministerio Público formula acusación, por los hechos indicados precedentemente, solicitando la aplicación de una pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y multa de 25 UTM, más accesorias y costas. Por resolución de fecha 07 de septiembre, se tiene por formulada la acusación, citándose a audiencia de preparación de juicio oral, para el día 29 de septiembre del 2021.

**CUARTO.** Que, en tal sentido, es preciso señalar que el artículo 318 bis del Código Penal, que se impugna en autos, establece que *“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, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”*. De tal forma, el actor sostiene, para fundar la acción, que la aplicación del precepto impugnado infringe el artículo 19 N° 3 inciso 8° y 9° -en cuanto a los principios de legalidad y tipicidad- el artículo 19 N° 2 inciso 2°, y el artículo 19 N° 3, incisos 1° y 6° -en relación con los principios de igualdad ante la ley, el debido proceso y el principio de proporcionalidad de las penas- todos de la Carta Fundamental. Así, como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados y vigentes dentro del ordenamiento jurídico, en conformidad con el artículo 5 inciso 2°, de la Constitución Política.

## II. CONSIDERACIONES DE FONDO EN EL CONTEXTO DEL CASO CONCRETO.

### A. Sobre la configuración de la pena.

**QUINTO.** Que, 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.

**SEXTO.** Que, siguiendo la misma línea de lo resuelto en STC Rol N° 12.142-21 y 12.384-21, a propósito de la impugnación del artículo 318 del Código Penal, es preciso señalar que“(...) *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 (...)*” (Considerando segundo). De tal forma, se considera que el artículo 318 bis del Código Penal, no satisface el estándar precisado en el inciso 9° del artículo 19 N° 3, de la Constitución, toda vez que no describe expresamente la conducta que se sanciona; generando espacios para una intervención arbitraria o discrecional, que deviene en la infracción constitucional en el caso concreto.

**SÉPTIMO.** Que, en este contexto, el artículo 19 N° 3°, inciso 9° de la Constitución asegura a todas las personas que “(...) *ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. Esta regla que, junto con la del inciso 8°, 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.

**OCTAVO.** Más allá de la usual comprensión de dicha garantía como límite formal y material (ver en este sentido 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.) o de la habitual distinción entre ley penal en blanco propia o impropia (ver en este sentido la STC 468, cc. 1-6 y STC 8354, cc. 18 y ss.) 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.

**NOVENO.** Que, en este sentido, cobra relevancia lo indicado por el profesor del Río Ferreti, en atención a que “*el análisis de la dogmática penal abarca no solamente al derecho penal en su dimensión normativa, sino también en su faz aplicativa (...)*” (del Río Ferreti, C., Imputación procesal, taxatividad penal y sistema acusatorio; en Andrea Perin, *Imputación penal y culpabilidad*, p. 103, Tirant lo Blanch). Lo cual





significará entender la relación entre el derecho penal sustantivo y adjetivo. De tal modo, la conducta penal, necesariamente, deberá estar debidamente establecida en una norma. 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 bis del Código Penal, según lo explicaremos. La norma infra-legal a la cual la ley hace remisión ha de limitarse a un rol accesorio consistente, a lo más, en complementar la conducta a través de la definición de aspectos accidentales (es decir, no esenciales o de contexto).

- **El elemento “típico” en el caso concreto.**

**DÉCIMO.** Que, siguiendo a Luigi Ferrajoli, una definición normativista del delito, permitirá caracterizarlo con criterios positivos predeterminados, que faciliten la identificación del hecho reprochado con el número de hechos que la ley penal establece, independiente de “(...) *la valoración ético-política esgrimible sobre ellos (...) Delito, según esta noción, se configura como una simple categoría de calificación jurídica, y no como una categoría de calificación moral o psicológica o antropológica: ya no como aquello que puede ser considerado contrario a la moral o al sentimiento del pueblo o a los intereses de la nación o a las exigencias de defensa de la sociedad o del Estado, sino exclusivamente como aquello que una ley dictada precedentemente califica expresamente como presupuesto de pena (...)*”(Ferrajoli, L., El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal. Editorial Trotta, 2018, p. 85).

**UNDÉCIMO.** De tal forma, dentro del estado de derecho la exigencia precedente implicará el deber de dar estricto cumplimiento al principio de legalidad (nullum crimen sine lege) concretándose aquello en las siguientes garantías: **(a)** La reserva absoluta de ley; **(b)** la taxatividad o tipicidad de los delitos -predeterminados por la ley, con fórmulas claras, unívocas, precisas, que permitan una delimitación lo más posiblemente rígida y cierta de la esfera de relevancia penal- (Op. Cit., p 86); **(c)** inderogabilidad del hecho punible -en virtud de la cual la tipificación normativa debe hacerse con referencia a hechos y no a meras cualidades o condiciones personales o del estatus en que se encuentra-.

**DUODÉCIMO.** Que, en este orden “*en materia de política criminal el legislador goza de un espacio de maniobra relativamente amplio, no obstante lo cual, la actividad legislativa penal está sujeta igualmente a límites constitucionales, tanto formales como sustantivos, que no pueden ser desconocidos, como la observancia de principios tales como los de legalidad (y tipicidad), prohibición de doble valoración (ne bis in ídem) prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, prohibición de la autoincriminación, aplicación de la ley penal más favorable, prohibición de la desproporción excesiva*” (ver en este sentido STC Rol 3177, c. 17; 3053, c.17; 2995, c. 17; 3187, c. 17; 3185, c. 17; 3174, c. 17; 3173, c. 17; 3127, c. 17).

**DECIMOTERCERO.** Así, podremos observar que las expresiones más relevantes de la legalidad de la sanción se sintetizan en (a) la reserva de ley (lex scripta), (b) la prohibición de analogía (lex stricta), (c) el principio de irretroactividad



(lex parevia) así como (d) el principio de “ne bis in ídem” en virtud del cual no se puede sancionar la misma conducta dos veces, por los mismos fundamentos.

**DECIMOCUARTO.** Este Excelentísimo Tribunal Constitucional, desde larga data, ha expresado que el principio de tipicidad cumple una función de garantía ciudadana, pues con su concreción se establecerá la primera aproximación entre las personas, la conducta lesiva y la pena. Por tanto, este principio se *“cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma”* (ver en este sentido STC Rol 549).

**DECIMOQUINTO.** Con todo, la exigencia precedente se entenderá cumplida cuando *“la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, de tal manera que se baste a sí misma”* (STC Roles N° 468, 549, 559, 1352, 1432, 2716, 2773 y 8354) de modo tal que con su concurrencia se satisfaga la certeza requerida, promoviendo la predecibilidad y seguridad jurídica respecto a las conductas reprochadas, en respuesta al grado de dañosidad que ellas produzcan a la sociedad. Así, el mandato al legislador, respecto a la exhaustividad requerida en la configuración de la norma, se traducirá en delimitar dónde comienza el derecho penal, ergo la adecuada descripción de la conducta y su sanción significará entender proscrito el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones, evitando la infracción al principio de taxatividad (ver en este sentido STC Rol 2744, c. 30 y 4476, c. 16).

**B. ¿Ley penal en blanco en el caso concreto?**

**DECIMOSEXTO.** 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).

**DECIMOSÉPTIMO.** En efecto, 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 solo 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).

**DECIMOCTAVO.** 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).

**DECIMONOVENO.** Como se ha señalado precedentemente, 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.

**VIGÉSIMO.** 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 solo 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 solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente” (Enrique Cury, La ley penal en blanco, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1988, p. 38);

**VIGÉSIMO PRIMERO.** 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 infra legal 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 infra legales que amplían o restringen el campo de lo punible al determinar el contenido final del tipo.



**VIGÉSIMO SEGUNDO.** Con todo, 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.

**VIGÉSIMO TERCERO.** Que, 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 infra legales.

**VIGÉSIMO CUARTO.** 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: (a) Que la ley establezca el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infra legal de complemento solamente elementos accidentales del tipo; (b) 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; (c) Que sea publicado en el Diario Oficial.

**VIGÉSIMO QUINTO.** Que, aún 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.

**VIGÉSIMO SEXTO.** En este sentido, cabe observar las siguientes cuestiones acerca del precepto cuestionado:



- En el núcleo esencial de la conducta se encuentra la mera “infracción” 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 delito se comete “en tiempo de pandemia, epidemia o contagio”, quedando vagamente delimitado su horizonte temporal y contextual, pues “tiempo de pandemia” es una referencia amplia que no está definida, ni 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, resfrió 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.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO.** Es 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 con 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.

**C. Interdicción de la doble punición.**

**VIGÉSIMO OCTAVO.** Que, a propósito del “ne bis in ídem” es dable considerar que este principio – garantía “(...) deriva de la dignidad de la persona humana y encuentra cobertura primordialmente en el artículo 19 N° 3, de la Carta Fundamental, en tanto en el párrafo sexto, cuando previene que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, cuanto en el párrafo noveno, al prevenir que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Respecto al mismo, este Tribunal ha considerado que dicho principio, que importa que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede verse expuesto a sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, es base esencial de todo ordenamiento penal democrático. Agregando que dicha interdicción del múltiple juzgamiento y la sanción se sustenta en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad, cuyo fundamento constitucional emanan de la naturaleza humana. Ha sostenido que su transgresión constituye un atropello a las bases de la institucionalidad, así como a la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos” (STC Rol 4795, c. cuadragésimo sexto) (En el mismo sentido, STC Rol 2045, c. 4º; 2254, c. 4º; 2773, c. 31º; 2186, c. 4º)

**VIGÉSIMO NOVENO.** Que, “ne bis in ídem” en su faz de garantía penal, implica una restricción de carácter procesal y una de carácter material o sustantiva establecida para el sentenciador. Así, la prohibición “ne bis in ídem”, implicará que el Juez de fondo resuelva si un hecho sometido a un proceso radicado dentro del



ámbito de su competencia ya ha sido resuelto, siguiendo para tal efecto la regla de triple identidad (sujetos, hechos y fundamentos), o si el comportamiento sancionado se describe o sanciona en diversas disposiciones sin fundamento para ello – en contravención con la prohibición de doble valoración-. De tal forma, el “ne bis in ídem” no prohíbe que un mismo infractor pueda ser objeto de dos sanciones por un mismo hecho, en tanto la imposición de una y otra sanción respondan a un fundamento jurídico diverso, cuestión que no ocurre en el caso de marras, toda vez que el ordenamiento jurídico admite una sanción administrativa y penal, respecto al mismo hecho de peligro, y por el mismo bien jurídico: salubridad pública, toda vez que consta que la SEREMI de Salud de Aysén, ordenó la apertura de un sumario sanitario respecto de los mismos hechos contenidos en la acusación fiscal, y que por resolución N° 21111600, de 26 de agosto de 2021, se le condenó al pago de una multa de 50 UTM.

**TRIGÉSIMO.** Que, en este caso no se verifica que el Estado busque cautelar un bien jurídico diverso en las sanciones establecidas, sobrepasando el baremo para que una persona sea doblemente sancionada (en este sentido ver STC roles 2045, considerando 41º, del voto disidente de rechazo; en votos de mayoría STC Rol 2402 y 2403, c. 20º; y en empate STC Roles 1960, 1961, 2018, 2236, en todas ellas el considerando 14º) amenazando con ello, incluso, la prohibición de doble valoración, atendido el fin de la medida, la adecuación y proporcionalidad al objetivo precisado por el legislador.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.** Usando el lenguaje del artículo impugnado, a la fecha se han dictado cerca de un centenar de órdenes de autoridad referidas a reglas higiénicas o de salubridad en este 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.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO.** Que, en los términos expuestos, se observa que la aplicación del precepto cuestionado vulnera la garantía constitucional del principio *ne bis in ídem*, al sancionarse al mismo sujeto, por los mismos hechos y por el mismo fundamento.

**D. Sobre la proporcionalidad de la pena.**

**TRIGÉSIMO TERCERO.** Que, la proporcionalidad de la pena debe entendida como “una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada” (Sentencia Rol N° 1518, cons. 28) que se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal, viniendo a materializar el derecho constitucional de igualdad ante la ley (en este sentido sentencias Roles N°s 2658 cons. 7, 2884 cons. 22 y 2922 cons.35). En efecto, la pena es el trato que el legislador ha determinado dar a ciertas conductas del ser humano, por considerarlas disvalorables.



**TRIGÉSIMO CUARTO.** Que, sin perjuicio de la reserva de ley sobre penas, que debe ser entendida en el sentido de que la política criminal la fija el legislador, como lo ha señalado la doctrina autorizada recogida por la jurisprudencia de este Tribunal “la proporcionalidad de la pena constituye una materialización de la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”... “ la pena, concebida como retribución jurídica (al responsable de un delito se asigna un castigo), se sujeta a principios jurídicos universales, como son los de intervención mínima, interdicción de la arbitrariedad y aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud del cual y como sostiene un reputado autor, “la sanción debe ser proporcional a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político criminales perseguidos. La pena será proporcional a las condiciones que la hacen “necesaria”; en ningún caso puede exceder esa necesidad” (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Tomo I, p. 49).” (Sentencia Rol N° 2045, cons. 8°).

**TRIGÉSIMO QUINTO.** Que, siendo la inaplicabilidad un control de tipo concreto, las circunstancias y elementos del caso específico cobran especial relevancia. Así, lo que compete al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren con ellas los límites precisos que la misma Carta ha impuesto.

**TRIGÉSIMO SEXTO.** Que, en el caso concreto, al determinar el campo de aplicación de las penas cabe considerar que una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho, que siempre debe buscar restricciones de derechos proporcionadas e imponerlas en la medida de lo estrictamente necesario para proteger a la sociedad, incluso frente a los que cometen los delitos más abominables.

**TRIGÉSIMO SÉPTIMO.** De tal modo, los ordenamientos jurídicos conciben a la pena como retribución estrictamente ajustada a la gravedad del hecho cometido, puesto que el objetivo resocializador supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que puedan modificar, de manera notable, su carga de penuria, sin que ello se funde en razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido, sino solo vinculadas a la personalidad del sujeto y a su evolución durante el tratamiento penitenciario o medida alterna en el cumplimiento de la pena. Existen límites constitucionales del Derecho Penal, tales como el principio de legalidad como límite formal del ius puniendi, y el principio de proporcionalidad como estándar constitucional material y fundamental que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad.

**TRIGÉSIMO OCTAVO.** Que, en el caso de autos el juez ha de comprobar por sí mismo la peligrosidad de la conducta, en tanto la ley no defina las condiciones que debe cumplir el juicio de aptitud. Por tanto, nos encontramos ante un delito de peligro abstracto y de aptitud o idoneidad (ver en este sentido Mañalich R., Juan



Pablo. (2021). CONCRETE ENDANGERMENT AND ABSTRACT ENDANGERMENT.A CONTRIBUTION TO THE GENERAL THEORY OF THE SPECIAL PART OF THE CRIMINAL LAW. Revista chilena de derecho, 48(2), 79-100. Recuperado en 26 de julio de 2022, de [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372021000200079&lng=es&tlng=en](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372021000200079&lng=es&tlng=en)). De tal forma, la gravedad del hecho reprochado debe estar reflejado en el quantum de la sanción. Así, el quantum de la pena será el mejor reflejo de la gravedad asignada por el legislador al delito, pues es la medida objetiva, directa y de impacto para expresar el desvalor social que se le asigna a la conducta.

Por lo tanto, la reacción punitiva de carácter legal establecida en el artículo 318 bis del Código Penal , debe ser ponderada con la pena asignada (presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.). En consecuencia, es posible advertir que la aplicación del artículo 318 bis, en el caso concreto, posibilita a que el ente persecutor penal solicite en la formalización la aplicación de una u otra sanción, o ambas, sin disponer de un parámetro de razonabilidad para ello.

**TRIGÉSIMO NOVENO.** Que, atendido los razonamientos expuestos precedentemente, es posible advertir que concurren los elementos suficientes para declarar la inaplicabilidad del artículo 318 bis del Código Penal, toda vez que su aplicación en el caso concreto devendría en inconstitucional, al no satisfacer estándares constitucionales referidos.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, 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 **ACOGA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2100316995-K, RIT N° 115-2021, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LETRAS, GARANTÍA Y FAMILIA DE CHILE CHICO.OFÍCIESE.
2. **ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.**





## **DISIDENCIA**

**Acordada con el voto en contra de las Ministras señoras MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y DANIELA MARZI MUÑOZ, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento deducido, teniendo presente las siguientes consideraciones:**

### **I. ANTECEDENTES DE LA GESTIÓN PENDIENTE**

1°. El conflicto jurídico dice relación con la formalización de hechos ocurridos los días 26, 28, 29 y 31 de marzo. El día 26 de marzo el requirente señor Eleuterio Yonatan Galarce González Uribe es notificado en el Hospital Leopoldo Ortega, de Chile Chico, que se encontraba contagiado de Covid-19, razón por la cual se le ordena cumplir cuarentena e incluso ofrece una residencia sanitaria para tal propósito. El día 28 de marzo quebranta en dos ocasiones la cuarentena. El día 29 de marzo la autoridad sanitaria lo notifica de la obligación de cumplir cuarentena contabilizada desde el día 24 de marzo hasta el día 3 de abril de 2021. El día 31 de marzo nuevamente quebranta su cuarentena.

Estos hechos se producen en el contexto de la pandemia y del estado de excepción constitucional de catástrofe, decretado éste último por el Presidente de la República a partir del día 18 de marzo de 2020 y que, de acuerdo a la formalización del Ministerio Público, corresponderían a la descripción típica de delito establecido por la Ley N°21.240, que sanciona “La inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria, en caso de epidemia o pandemia”, por medio de la cual se introduce el artículo 318 bis al Código Penal.

### **II. EL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL**

2°. La norma impugnada establece “*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, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales*”.

Se trata de un delito agravado, ya que sanciona con penas altas a quien ponga en riesgo la salud individual con un dolo específico: en esta figura el riesgo de propagación de un agente patológico por parte del sujeto activo se realiza con conocimiento de su situación de contagio. Es este el elemento que lo distingue y que justifica un reproche mayor que respecto del delito del artículo 318 del Código Penal, en el que no se exige dicho elemento subjetivo sino que se satisface con la infracción de una instrucción de la autoridad sanitaria debidamente publicada.

En ese sentido, la Corte Suprema ha manifestado 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*” (Sentencia Corte Suprema Rol N°125.436-2020, c. 6°). A diferencia de éste, el delito contemplado en el art. 318 del Código Penal es un delito de peligro abstracto, que es de 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, respecto a estos delitos, 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 (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, p. 26).

3°. A lo anterior, debe agregarse otra diferencia entre ambos delitos, cual es el tipo de norma administrativa que se vulnera. En efecto, mientras el art. 318 exige que el que pusiere en peligro la salud pública infrinja reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, el art. 318 bis supone que se infrinja una orden de la autoridad sanitaria, de modo que “el artículo 318 está enfocado a la violación de normas generales y el artículo 318 bis a la violación de normas particulares” (Camus, F., Conca F. & Larraín, N. La pandemia jurisprudencial del artículo 318 del Código Penal. Disponible en: <http://reformasalajusticia.uc.cl/analisis-jurisprudencial/281-la-pandemia-jurisprudencial-del-articulo-318-del-codigo-penal>)

4°. En consecuencia, el delito previsto en el artículo 318 bis del Código Penal debe entenderse como un delito de peligro concreto al castigar “[al] 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, exigiendo un riesgo concreto de contagio que consiste la generación de un riesgo de propagación. Como señala la doctrina “Tal riesgo deberá acreditarse en el proceso, con todas las dificultades del caso, descartándose allí donde en definitiva se trate de un falso positivo (aquí el caso del aislado por sospecha de contagio que finalmente resulta negativo)” (Londoño, F. ob. cit., p. 26)

Es esta legislación promulgada en forma reciente y que responde a la valoración con la que el legislador ha respondido a la pandemia del Covid-19 y que se funda, como no puede ser de otra forma, en el conocimiento que se posee respecto a sus formas de propagación.

5°. En el caso de la gestión judicial pendiente, es posible advertir que el requirente toma conocimiento de su situación de contagio el día 26 de marzo e incumple órdenes de la autoridad sanitaria en los días sucesivos, debido a lo cual se abre un sumario sanitario el día 29 de marzo, tras lo cual vuelve a infringir instrucciones de la autoridad sanitaria el día 31 de marzo, de manera que sumario sanitario y formalización penal no consideran los mismos e idénticos hechos, sin perjuicio de que este aspecto no es determinante en el razonamiento acerca de su constitucionalidad que se expondrá a continuación.



### III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD

6°. El requirente plantea la inconstitucionalidad de la norma al configurarse una ley penal en blanco propia, toda vez que el contenido prohibitivo del tipo se remite a normas de inferior jerarquía normativa. En ese sentido, alega que el tipo penal no establece el núcleo de lo prohibido toda vez que ello se configura precisamente en la infracción de una orden de la autoridad sanitaria.

El principio de legalidad exige claridad respecto de la conducta prohibida y para esta disidencia, como veremos, los elementos centrales de la conducta punida se encuentran establecidos en la ley.

7°. Recordemos que este Tribunal ha diferenciado tres categorías de leyes penales en blanco, que se distinguen según la naturaleza jurídica y el rango jerárquico de la norma complementaria: *“leyes penales en blanco impropias cuando a la norma que se hace referencia es de rango legal; en propias cuando está perfeccionada por disposiciones infralegales como reglamentos, ordenanzas o cualquier otra fuente emanada de alguna autoridad administrativa; y una tercera categoría conocidas como leyes penales abiertas, que no tiene norma complementaria alguna, ni siquiera preceptos infralegales, sino que la determinación o complementación queda entregada al mismo juez del fondo”* (Delgado Lara, Álvaro (2012), *“Las leyes penales en blanco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005-2011)”*, *Ars Boni Et Aequi*, Año 8, N° 2, p. 280)

Las leyes penales en blanco propias, *“esto es, aquéllas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal, sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez”* (STC Roles 1011, c. 4; 2154, c. 20 y 2758, c. 12), han sido calificadas como contrarias a la Constitución por esta Magistratura Constitucional. En cambio, las leyes penales en blanco impropias o de reenvío, siendo tales *“aquéllas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley... y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión, aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona”*, su existencia ha sido *“tolerada”* por la Constitución (STC Rol N° 1011, c. 4°).

8°. En definitiva, *“lo que la Constitución exige es que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley (STC rol N° 24, C. 4°); que la ley establezca la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible, es decir, que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentre establecida”* (STC rol N° 1432, C. 30°; rol N° 1443, C. 27°).

En ese sentido, en la sentencia Rol N° 24 el Tribunal *“sostuvo que no es necesario que la conducta descrita lo esté de modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. Enseguida, postuló que lo importante es que el núcleo esencial de la conducta esté expresamente definido, aunque la norma legal se remita a un reglamento para pormenorizar ciertos*



aspectos. Finalmente, esta Magistratura sostuvo que lo relevante es que las personas sepan los hechos por los que pueden ser sancionadas” (STC Rol N° 2716, c. 12°).

9°. El artículo 318 bis, como ya se indicó, es un delito de peligro concreto, cuyo verbo rector consiste en generar riesgo, y la conducta **sancionada** es generar, “en tiempos de pandemia, epidemia o contagio, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos”.

Se desprende entonces que el núcleo esencial de la conducta se encuentra en la norma de rango legal. Pero, además, el precepto impugnado exige que aquello se realice con infracción de una orden de la autoridad sanitaria y que se realice en tiempo de pandemia, epidemia o contagio. Es claro entonces que la conducta que se castiga no es la mera infracción administrativa.

10°. Debe tenerse presente que, según la acusación formulada por el Ministerio Público, el mismo día en que el test del requirente dio positivo, la Dra. Carmen Cruz Gallardo le notificó que debía realizar cuarentena obligatoria en su casa y le ofreció una residencia sanitaria, lo cual el imputado rechazó. Luego, tres días después la autoridad sanitaria de Chile Chico le notificó de que debía guardar cuarentena obligatoria en su domicilio por estar contagiado con Covid-19.

Asimismo, las resoluciones que han sido dictadas por la autoridad sanitaria para enfrentar el riesgo de Covid-19 han sido publicadas en el Diario Oficial y difundidas profusamente por dicha autoridad a través de los medios de comunicación masivos. En el caso concreto, la Resolución Exenta N° 43/2021, que dispone que las personas diagnosticadas con Covid-19 deben cumplir un aislamiento por 11 días desde la fecha de inicio de los síntomas, si los hubiere, fue publicada en el Diario Oficial el 15 de enero de 2021

Adicionalmente, tal como se expuso en la disidencia Rol N° 8950-20, “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 aquel 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 sancionado hasta con el doble de la multa original”. (c. 39°).

Por todo lo anteriormente expuesto, rechazamos que el precepto impugnado vulnere los principios de legalidad y taxatividad.

#### IV. NON BIS IN ÍDEM

11°. En segundo lugar, el requirente enuncia la vulneración del principio de *non bis in ídem*, el que consiste en *“una conjunción de dos estándares susceptibles de ser estrictamente diferenciados en atención a sus respectivas condiciones operativas. Por una parte, se trata de una prohibición de punición múltiple por un mismo hecho, que se hace operativa como estándar sustantivo de adjudicación; por otra, de una prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo hecho, que se hace operativa como estándar de clausura procesal”* (Mañalich, Juan Pablo (2014), “El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Política Criminal*, Vol. 9, N° 18, p. 547)

12°. El principio del *non bis in ídem* es un mandato dirigido al legislador penal que puede vulnerar cuando establece otras penas por los mismos sujetos, hechos y fundamentos y que se extrapola al orden administrativo sancionatorio.

En efecto, Esta Magistratura Constitucional ha señalado reiteradamente que es uno de los principios básicos de un procedimiento racional y justo en materia sancionatoria, aludiéndolo bajo la fórmula *“ne bis in ídem”* -o *non bis in ídem* según convencionalmente se le desee denominar-, en cuanto prohíbe aplicar a un mismo sujeto una doble sanción por los mismos hechos, y que, aunque la Constitución no consagre este principio en términos explícitos, se entiende que forma parte del debido proceso consagrado en el inciso sexto, del numeral 3 del art. 19 constitucional, que impone al legislador la obligación de establecer procedimientos racionales y justos (STC Rol N° 6528, c. 9°).

Además, en cuanto a otras fuentes de este mismo principio, puede señalarse además la consagración de las garantías constitucionales del orden penal, en tanto está *“íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad (...) La explicación radica en que, si un mismo hecho puede ser sancionado varias veces, es porque es ilícito por varios conceptos, por lo que hay una tipicidad múltiple; y semejante tipicidad múltiple no es genuina tipicidad porque, como observa Ramón García Albero, no cumple la exigencia de taxatividad”* (Díez-Picazo, Luis María (2008), *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters, 3° Ed. p. 474). Respecto al mismo, este Tribunal ha considerado que dicho principio, que importa que por un mismo hecho delictivo el responsable no puede verse expuesto a sufrir más de una pena o ser



objeto de más de una persecución penal, es base esencial de todo ordenamiento penal democrático.

13°. Debe tenerse presente que en el ámbito constitucional la dimensión de los hechos no genera una interdicción de un doble juzgamiento en sede penal y administrativa, siempre que no se trate de “lo mismo”, conforme lo razonó esta Magistratura en la STC 3054, es decir, que no exista identidad entre el sujeto, los hechos y los fundamentos. Como explicaremos, en este caso, no son exactamente los mismos hechos, y, más importante, no comparten los mismos fundamentos.

14°. En el caso concreto, el sujeto sancionado es el mismo tanto en sede administrativa como en sede penal: el Sr. Eleuterio Yonatan González Uribe, por lo que no cabe duda de que concurre identidad del sujeto.

15°. En relación a los hechos, la doctrina señala que “Se considerará que existe un solo hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista) y sea valorado unilateralmente en un tipo (criterio normativo)”. (Alarcón, Lucía (2010), “Principio non bis in ídem” en Lozano Cutanda, Blanca (2010), directora, Diccionario de sanciones administrativas, Iustel, Madrid, p. 765). Lo anterior es relevante, pues “Hay un conjunto de hechos que tienen, en regla de principio, una voluntad relativamente similar. Sin embargo, en cuanto mandatos normativos no se valoran como si fueran parte de un mismo acto o hecho” (STC Rol 3054, c. 25°).

En cuanto a los antecedentes fácticos de la gestión pendiente, según consta en la resolución de sumario sanitario N° 2111600, del 26 de agosto de 2021, los antecedentes que motivaron la imposición de la multa de 5 UTM recayeron en que “*el sumariado habría vulnerado cuarentena, saliendo en bicicleta con destino desconocido, además se le habría visto el mismo día a las 19:00 hrs. comprando e (sic) Supermercado JyD y luego caminando en la vía pública, el día 28 de marzo de 2021*”. (fs. 19)

Por su parte, en su acusación (a fs. 66 y ss.) el Ministerio Público expone que el día 28 de marzo “*alrededor de las 17:50 horas, el imputado ELEUTERIO YONATAN GONZALEZ URIBE transitaba a bordo de una bicicleta por la calle Diego Portales, cerca del número 997 y en las inmediaciones de Belarmino Burgos de Chile Chico. El imputado portaba una mascarilla cubriendo su cuello, dejando su nariz y boca descubiertas. Mas tarde, a eso de las 18:30 horas de ese mismo día, el imputado ELEUTERIO YONATAN GONZALEZ URIBE pasó por fuera del supermercado JD ubicado en Av. Bernardo O’higgins N° 501 de Chile Chico y luego de un rato, ingresó a ese recinto y en ambas ocasiones iba con su mascarilla cubriendo su cuello, dejando su nariz y boca descubiertas. A continuación, alrededor de las 19:15 horas de la fecha en comento, el imputado estaba frente al Centro de Detención Preventiva de Chile Chico ubicado en Portales N° 700 de Chile Chico, conversando con un tercero y nuevamente usaba su mascarilla cubriendo su cuello, dejando descubierta su boca y nariz*”.



A continuación, la acusación señala que “con fecha 31 de marzo de 2021 alrededor de las 21 horas, el imputado salió a la vía pública sin usar mascarilla, en calle Belarmino Burgos número 2, para atender a personal de un camión repartidor de Super Pollo, que estaba descargando mercadería al interior de su domicilio”.

Por los hechos anteriormente descritos, la Fiscalía solicita se le imponga al acusado la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo y multa de 25 UTM “por su participación en cuatro delitos del artículo 318 bis del Código Penal”.

16°. Como puede apreciarse, el Ministerio Público funda su acusación no solo en los hechos que constan en el sumario sanitario, sino que también en un hecho acaecido con posterioridad.

Lo anterior, implica dos fórmulas de entendimiento: “O nos encontramos frente a la ausencia del requisito de juzgamiento de “lo mismo” o a un fraccionamiento de ese juzgamiento” (STC Rol N° 3045-16, c. 56°).

Sin perjuicio de lo anterior, también notamos que la Resolución de sumario sanitario hace referencia exclusivamente a que el sumariado vulneró la cuarentena “saliendo en bicicleta con destino desconocido, además se le habría visto el mismo día a las 19:0 hrs. comprando e Supermercado JyD y luego caminando en la vía pública, el día 28 de marzo de 2021”. Sin embargo, en la acusación si bien los hechos se relacionan con la infracción de la cuarentena, se hace énfasis en que cuando el requirente transitó a bordo de la bicicleta “El imputado portaba una mascarilla cubriendo su cuello, dejando su nariz y boca descubiertas”, que ingresó al supermercado “dejando su nariz y boca descubiertas” y que el mismo día fue visto “conversando con un tercero y nuevamente usaba su mascarilla cubriendo su cuello, dejando descubierta su boca y nariz” y, por último, cuando el 31 de marzo de 2021 el imputado salió a la vía pública lo hizo “sin usar mascarilla” y “para atender a personal de un camión repartidor”.

17°. Todas esas circunstancias, que no constan en la Resolución de sumario sanitario son determinantes en la posible aplicación de la pena, puesto que esos antecedentes son los que invoca el Ministerio Público para perseguir al autor por el delito del art. 318 bis del Código Penal. Recordemos que, como se señaló, si bien la norma impugnada exige como condición para la configuración del delito la infracción de una norma sanitaria, aquella además exige que el autor genere (produzca, cause) a sabiendas, es decir con conocimiento y deliberación, el riesgo de propagar los agentes patológicos.

18°. En consecuencia, en el orden penal no se sanciona la infracción a lo dispuesto en la Resolución 43/2021 del Ministerio de Salud que prescribe la obligación de aislamiento de las personas contagiadas con Covid-19 por un período de 11 días desde la fecha de los síntomas. Asimismo, en sede administrativa no se sancionó que el requirente genere, a sabiendas, riesgo de propagación por el virus.



Lo sancionado por el precepto impugnado consiste en la generación, a sabiendas, de un riesgo de propagación, lo que requiere además que se realice infringiendo una orden sanitaria, de modo que aceptar que se infringe el non bis in ídem se dejan impune las conductas infractoras que no fueron consideradas por el órgano administrativo.

19°. Quienes disentimos en este fallo adherimos a la corriente penal que diferencia la potestad sancionatoria administrativa del Estado de la penal.

Una de las formas más tradicionales de darles fisonomía propia es a partir de la privación de libertad como pena que sólo puede ser impuesta en sede penal por un tribunal. Pero incluso más persuasivo para comprender que la Administración y sus facultades sancionatorias responden a otras necesidades y exigencias, se encuentran en la doctrina hodierna, la que, en cita al fallo STC Rol N° 2264-12 sobre este problema, señala “Por eso, concluye el fallo citado en esta parte, las superintendencias deben tener la facultad de castigar no solo el incumplimiento formal de la ley, sino también el de sus propias instrucciones e indicaciones, que tienen carácter constitutivo y cuyo contenido solo requiere enmarcarse en términos generales en el marco de la legislación aplicable. Bajo estas premisas, resulta perfectamente comprensible que las potestades sancionatorias del ejecutivo hayan experimentado un auge desconocido hasta la fecha, y existen abundantes indicios de que esta tendencia se mantendrá en el futuro. Pero todo esto poco o nada tiene que ver con la potestad punitiva del Estado, que es el procesamiento de la culpabilidad por un injusto de ciertas características. El derecho penal es retrospectivo –sin perjuicio de que por añadidura pueda cumplir funciones preventivas–, mientras que el derecho sancionatorio administrativo es prospectivo, es decir, se legitima con miras al buen funcionamiento de un sector, atiende a la evitación o control de fuentes de peligro y, por lo mismo, es particularmente receptivo respecto de consideraciones prevencionistas o de disuasión” (Van Weezel, Alex (2017), “Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo”, *Polít. crim.* Vol. 12, N° 24, Art. 9, pp. 997-1043. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_12/n\\_24/Vol12N24A9.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A9.pdf)])

20°. Si esto es así, no es posible que se esté vulnerando el principio de non bis in ídem, por aplicación de una multa por parte de la Autoridad Sanitaria, que busca la promoción de la observancia de sus prescripciones, al conjunto de sanciones conexas al delito tipificado en el artículo 318 bis, privación de libertad y multa, que busca sancionar la conducta dolosa que pone en riesgo la salud individual por medio de conductas que crean las condiciones conocidas hasta ahora que permiten el contagio.

En realidad, como explica la doctrina, el non bis in ídem no se refiere a la prohibición de múltiples penas por un mismo hecho, esto sin duda es posible de momento que el legislador cuenta con ámbitos diferenciados donde se puede imponer un conjunto de sanciones. Así el problema se produciría respecto del principio de





proporcionalidad, como señala la doctrina, ya que “el fundamento detrás de la prohibición de punición múltiple se encuentra en la prohibición de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad”( Mañalich, Juan Pablo (2014), “El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio” *Polít. crim.* Vol. 9, N° 18, Art. 8, pp. 543-563. [[http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_09/n\\_18/Vol9N18A8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18A8.pdf)]

## V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

21°. Sobre la proporcionalidad de la pena, debe recordarse que el artículo 318 bis es una norma reciente y surge a propósito de una catástrofe sanitaria en muchos sentidos desconocida por nuestra sociedad.

Conviene entonces examinar los motivos que tuvo el legislador para establecer la regla cuestionada en el requerimiento, la que se incorporó mediante la Ley N° 21.240 que buscaba actualizar la normativa penal en el contexto de la crisis sanitaria producida por el Covid-19.

22°. El artículo 318 bis, según consta en el Informe de Comisión de Constitución del Senado, fue propuesto por representantes del Poder Ejecutivo y, como explicó el Jefe de Asesores del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, “el objetivo de la propuesta es la creación de un tipo agravado para sancionar la conducta de aquella persona que, sabiendo que está contagiada o que ha tenido un contacto estrecho con alguien enfermo o que está a la espera del resultado de un examen, infrinja una orden de la autoridad sanitaria. Es decir, se trata de una situación en que se verifica un dolo directo o eventual, que excluye la posibilidad de una actitud negligente. Reseñó que, a diferencia del tipo penal contenido en el artículo 316, la proposición se aplicaría en un periodo acotado de tiempo, esto es, en pandemia, epidemia o contagio.” (p. 82)

Enseguida, la asesora de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado del Ministerio Público, señora Bárbara Sanhueza, expuso que “en tal conducta se constata una mayor reprochabilidad en la generación de un riesgo de propagación -no su verificación como en el artículo 316-, que se traduce en situaciones menos frecuentes que las que trata el artículo 318. En estos casos se requerirá que la persona se ponga en situación de riesgo concreto, lo cual acaecería, por ejemplo, si un contagiado circula en la calle infringiendo su cuarentena individual o quien reúna en su casa un número elevado de personas, con la posibilidad de contagio entre ellas. Ello, atendido de que no solamente transmiten la enfermedad personas que han demostrado sus síntomas y que han accedido a realizarse exámenes, sino que, dado que la enfermedad denota un período de incubación de alrededor de 14 días, también lo pueden transmitir personas asintomáticas. Entonces, cuando una persona, en conocimiento de su situación de



contagio se expone a sí misma o a otros, como vector, merece una respuesta más grave del sistema penal (p. 84).

23°. Como corresponde al legislador democrático expresar por medio de las sanciones el mayor o menor disvalor de las conductas que proscribe, en particular cuando las recoge en el Derecho penal, el principio de deferencia que estructura la relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador democrático hace que el primero deba ser extremadamente cauteloso de intervenir o intentar corregir esas valoraciones que forman parte de lo que el segundo está llamado constitucionalmente a expresar, no cabe tampoco acoger el requerimiento por el reproche que formula en este sentido.

24°. Por todas las consideraciones anteriores, según el parecer de las ministras que suscriben este voto, debió rechazarse el requerimiento de autos.

#### **PREVENCIONES:**

**El Ministro señor NELSON POZO SILVA previene que estuvo por acoger el presente requerimiento únicamente en razón del fundamento de proporcionalidad que comparte con el voto de mayoría, y teniendo además, los siguientes razonamientos:**

#### **I.- ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO.**

1°.- Que el legislador en su descripción de la figura delictiva del artículo 318 bis del Código Penal estableció una conducta consistente en generar “**a sabiendas**” un riesgo de propagación de agentes patológicos, por lo tanto configuró un “elemento subjetivo del tipo” penal analizado, atendido que dejó en evidencia que debía presentarse una situación jurídico penal que llevara implícito dolo directo.

2°.- Que no es controvertible, la circunstancia que por su naturaleza y objeto este es un concepto y apreciación jurídica que debe deducirse de algún hecho o conjunto de hechos que comprueben claramente la intención positiva e ineludible en la afectación de un bien jurídico resguardado por el Derecho penal (C.Suprema, Rol N°3749 de 31 de julio de 2006).

#### **II.- PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN SENTIDO AMPLIO.**

3°.- 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.

En tanto, que la utilidad de la pena no puede valorarse en función de los fracasos en la evitación de delitos, dado que la clave de las 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.

4°.- 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, 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 cauce 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 punitivo.

5°.- 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 cuanto a 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 la 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.

### **III.- PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.**

6°.- "Que la proporcionalidad en el sentido estricto en su consagración constitucional y en su formulación implica la necesidad de que la pena constituya un requisito indispensable para considerar punible un determinado comportamiento, de forma que la sanción, sea en concreto, tanto merecida como necesaria y proporcionada. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, al igual que el resto de los subprincipios o elementos del principio de proporcionalidad en sentido amplio posee rango constitucional y se puede inferir del valor de justicia propio de un Estado de Derecho, de una actividad pública no arbitraria y de la dignidad de las personas, todas ellas emanadas de nuestra Carta Fundamental". (STC 5835 particular).

7°.- Las limitaciones de derechos deben estar justas a un examen de



proporcionalidad que consiste en que la limitación debe perseguir fines lícitos, constituir un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación al ejercicio del derecho, proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue. (STC 541 c. 15) (En el mismo sentido, STC 1182 c. 21, STC 1193 c. 21, STC 1201 c. 21, STC 2643 c. 78, STC 2644 c. 78, STC 2744 c. 22, STC 2953 c. 20, STC 2983 c. 29).

8°.- Que la idea del principio de proporcionalidad se encuentra determinada, en cuanto a su expresión en el sistema penal, en la matriz de la “prohibición de exceso”, que se justifica con criterios de lógica y de justicia material. Este principio postula la proporcionalidad de la amenaza penal al daño social causado por el hecho (concepto vinculado al bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena impuesta en concreto a la medida de culpabilidad del hechor (Sergio Politoff Lifschitz, *Derecho Penal*, Tomo I, Conosur Editores, Santiago de Chile, 2001, p. 20);

9°.- Corresponde que en casos extremos esta Magistratura constitucional establezca la admisión de vulneración de tales principios, cuando exista una desproporción entre la acción u omisión y el daño producido, ocasionándose un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre sanción y la finalidad de la norma. Un equilibrio y correspondencia entre causa (hecho doloso o culposo) y la pena (resultado) resulta indispensable. (STC 2744-17-INA, cc. 21 y 22, entre otras).

10°.- 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 lesionar 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.



#### IV.- CONCLUSIÓN.

11°.- Que el presupuesto fáctico en que incurrió el imputado en la causa de mérito y recurrente en estos autos constitucionales, consistió en el incumplimiento de prohibiciones sanitarias, las cuales aparecen refrendadas con una pretensión punitiva solicitada por el Ministerio Público de cinco años de presidio menor en su grado máximo y multa de 25 UTM, más accesorias legales. Ante este escenario y atendido lo razonado precedentemente, en criterio de este previniente, y atendida la situación de hecho resulta desproporcionada la sanción a la envergadura y naturaleza de los cargos formulados por el ente persecutor, más aun teniendo en consideración que la norma cuestionada – artículo 318 bis del Código Penal – requiere de un dolo específico para tener una suficiente densidad normativa en base al principio de antijuricidad material que denota todo ilícito penal.

En tales circunstancias, procede declarar la inaplicación de la norma requerida a fojas 1 y siguiente por don Eleuterio Yonatan González Uribe.

**El Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ previene que estuvo por acoger el presente requerimiento únicamente por las razones que se indican en los considerandos 28° a 32°.**

Redactó la sentencia el Ministro señor Rodrigo Pica Flores, la disidencia la Ministra señora Daniela Marzi Muñoz, y las prevenciones los Ministros que suscriben.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 11.945-21-INA**

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

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



**0B4FC917-B4E7-4298-A0DB-B9E1028CD9E5**

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