

INGRESADO 13:14:00
16-10-2020

dos de octubre de dos mil veinte

VISTOS Y CONSIDERANDO

I.- De la motivación del presente requerimiento oficioso

Que en causa seguida ante este Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de los requeridos menores de edad; ambos con 16 años de edad a la fecha.

Con fecha 05 de agosto del 2020 la fiscalía presentó requerimiento en procedimiento monitorio en contra de ambos adolescentes por infracción al artículo 318 del Código Penal (CP); sin embargo, por estimarse no suficientemente fundado el requerimiento, se resolvió con fecha 14 de agosto pasado *“Estimando el Tribunal que el requerimiento del Ministerio Público no se encuentra suficientemente fundado en relación con los antecedentes de la investigación, el hecho típico atribuido y la multa pretendida por el ente persecutor penal, cítese a los intervinientes, a audiencia..”*, por lo que, este procedimiento prosiguió como simplificado, realizándose con fecha 15 de septiembre pasado audiencia de procedimiento simplificado, ocasión en la que sólo compareció por video conferencia a través de la plataforma Zoom el joven; sin embargo, la audiencia debió ser re agendada, ya que el adolescente tenía mala conexión a internet y la joven, no estaba presente.

Que, en razón de ello, se fijó nuevo día y hora para realizar audiencia de procedimiento simplificado al tenor de lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal (CPP).

Que, los adolescentes requeridos se encuentran representados por el defensor penal público, don Cristian Calvo, con domiciliado en Av. Pedro Montt N°1606, edificio de la Defensoría Penal Pública (DPP), comuna de Santiago. A su turno, la Fiscal que presentó el requerimiento es doña Patricia Angélica Varas Pacheco, cedula de identidad N°12.003.084-1; con domicilio en Av. Pedro Montt N°1606, edificio Fiscalía Centro Norte, comuna de Santiago.

De esta forma, y habiéndose realizado con fecha 15 de septiembre de 2020, audiencia de procedimiento simplificado, la que finalmente debió ser re agendada por los motivos señalados en párrafos anteriores, esta Juez advirtió¹ que el requerimiento presentado por el Ministerio Público se había presentado en contra de dos menores de edad – que están sujetos a un estatuto especial, como lo es la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente en relación a lo que obliga la Convención de los derechos del Niño – quienes al parecer, por lo que indica sucintamente el requerimiento fueron controlados en la vía pública, sin estar presentes o en compañía de sus adultos responsables; por lo que resulta relevante en este caso, ejercer las facultades que contempla el artículo 93 N°6 de la Constitución Política.²

¹ PICA, Rodrigo “Control jurisdiccional de constitucionalidad de la Ley: los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional” pp.93 – 94, señala “En este sentido el juez, mediante el acto de requerir de inaplicabilidad, lo que pareciera estar solicitando es la determinación del derecho objetivo aplicable o su armonización con la carta fundamental, a la vez que plantea una verdadera “cuestión de conciencia jurídica”, al estimar que sus dos grandes referentes, la Constitución y la Ley, lo llevan a horizontes diferentes e incompatibles, tras lo cual considera prioritario el camino constitucionalmente adecuado, que es recurrir al monopolio de depuración de normas del Tribunal Constitucional. Así el juez, al estimar que debe requerir, realiza forzosamente un acto de análisis, opinión, enjuiciamiento y voluntad de no aceptación acerca de la situación jurídica de las partes y los efectos futuros del proceso que él mismo ha de conocer y resolver, en un verdadero acto de rebelión en contra de lo que el legislador en principio le ordena, lo cual aparece amparado, como ya se ha dicho, por la doble sumisión que establece la Carta Fundamental en su artículo 6 y canalizado por la vía del numeral 6° y el inciso undécimo de su artículo 93.

² Artículo 93 CPR.- “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6°. Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;
Inciso 11 “En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Que, el requerimiento en procedimiento monitorio presentado por la fiscalía demás no señala mayores argumentos y no detalla la forma en cómo ambos jóvenes fueron controlados por Carabineros, si es que estos se encontraban por alguna razón en la vía pública o si se comunicaron sus padres para que tomaran conocimiento del respectivo control, más aún cuando ellos están sujetos a un estatuto especial. Y sólo menciona en relación al hecho que *“El día 20 de junio de 2020, alrededor de las 09:30 horas, los requeridos, fueron sorprendido en avenida San Alberto Hurtado frente al N°60, comuna de Estación Central, infringiendo las medidas adoptadas por la autoridad de salud sin contar con un permiso de desplazamiento válidamente otorgado, por ende poniendo en peligro la salud pública”*.

En ese orden de ideas, se supone que ambos jóvenes, deberán pagar cada uno la multa que requirió el Ministerio Público de 6 UTM.

En consecuencia, analizados todos los antecedentes respecto de los cuales se tomó conocimiento en audiencia de 15 de septiembre de 2020, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República (CPR) en relación con el inciso undécimo de la referida norma, se determinó requerir a este Tribunal Constitucional, a objeto de que se pronuncie sobre la eventual inconstitucionalidad del citado artículo 318 del CP, atendidos los fundamentos que expondré.

II.- Síntesis de la causa en que incide el requerimiento de inaplicabilidad

Que en causa el Ministerio Público presentó con fecha 5 de agosto de 2020 requerimiento en procedimiento monitorio en contra de los requeridos menores de edad ambos con 16 años de edad a la fecha, por el delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal.

Que el requerimiento deducido por el ente persecutor en lo medular es el siguiente:

“...a.- HECHOS:

Que, con fecha 18 de marzo de 2020, Su Excelencia el Presidente de la República, declaró estado de excepción

constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, en virtud del Decreto N° 104 de 2020 del Ministerio del Interior. Así, el artículo 4° de dicho decreto dispone que, para el ejercicio de las facultades que ahí se entregan, "los Jefes de la Defensa Nacional deberán tomar en consideración las medidas sanitarias dispuestas para evitar la propagación del Covid-19, en actos administrativos dictados por el Ministro de Salud".

Que en uso de dichas atribuciones y mediante Resolución Exenta N° 322 de fecha 28 de abril de 2020 del Ministerio de Salud se decretó entre otras medidas que todos los habitantes de la comuna de Estación Central, deben permanecer en aislamiento o cuarentena, es decir, en sus domicilios habituales, iniciándose esta medida a las 22:00 horas del 30 de abril 2020 y regirá por un plazo de 7 días pudiendo prorrogarse si la situación epidemiológica así lo hace aconsejable.

Que mediante resolución exenta 327 de fecha 06 de mayo 2020 del Ministerio de salud se prorrogó dicha medida hasta las 22 horas del 15 de mayo de 2020 pudiendo prorrogarse si la situación epidemiológica así lo hace aconsejable.

El día 20 de junio de 2020, alrededor de las 09:30 horas, los requeridos, fue sorprendido en AVENIDA SAN ALBERTO HURTADO FRENTE AL N° 60, comuna de ESTACION CENTRAL, infringiendo las medidas adoptadas por la autoridad de salud sin contar con un permiso de desplazamiento válidamente otorgado, por ende poniendo en peligro la salud pública.

b) **DISPOSICIÓN LEGAL INFRINGIDA:** A juicio de esta Fiscalía, los hechos descritos anteriormente configuran el delito previsto y sancionado en el artículo 318 del Código Penal.

c) **PARTICIPACIÓN:** En concepto de esta Fiscalía, al requerido le ha cabido una participación en calidad de autor, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 N° 1 del Código Penal, en los hechos que se le imputan.

d) EXPOSICIÓN DE ANTECEDENTES O ELEMENTOS FUNDANTES:

1. Parte Policial N° 4200 de fecha 20 de junio de 2020, de la 21A COM.EST. CENTRAL y sus actas anexas.
2. Declaración voluntaria del funcionario aprehensor WALTER ALONSO SÁNCHEZ NORAMBUENA de carabineros, domiciliado en ECUADOR N° 4050 comuna de ESTACION CENTRAL, prestada con fecha 20 de junio de 2020, ante carabineros
3. Extracto de filiación y antecedentes de la requerida el cual no registra anotaciones prontuariales pretéritas.
4. Extracto de filiación y antecedentes del requerido, el cual no registra anotaciones prontuariales pretéritas.
5. Acta de información de derechos a los detenidos y apercibimiento del artículo 26 del CPP.
6. Resolución Exenta N° 322 de fecha 28 de abril de 2020 del Ministerio de Salud.
7. Resolución Exenta N° 327 de fecha 06 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud.

e) **PENA:** De los antecedentes expuestos, esta Fiscalía propone la imposición de una multa de **Seis Unidades Tributarias Mensuales**, sin perjuicio de las costas que, según lo dispuesto en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal, sean de cargo del condenado..."

III.- Del precepto legal cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se pide declarar, para el caso concreto

Se trata del artículo 318 del Código Penal – norma de rango legal – que fue modificado por la Ley 21.240 publicada en el Diario Oficial el 20 de junio de 2020, que establece lo siguiente

“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.”

Así, se da cumplimiento a la exigencia, de tratarse de un precepto legal – la norma de rango legal³ – que se solicita declarar inconstitucional, para los efectos de cumplir con del requisito previsto en el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República (CPR) y en el artículo 84 N°4 de la Ley N°17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional; toda vez que, “dicha norma tiene la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución” y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable tal como lo ha reconocido esta magistratura en diversas sentencias.

Corresponde a “una unidad lingüística” que se basta así misma en los términos como lo ha interpretado esta magistratura en sus Sentencias Rol 497-06, 743-07, 820-07, 1010-07, 1067-08, 1147-08 y 1254-09, entre otras.

Resulta relevante, sobre todo, ya que en este caso, lo que se pretende es que se realice un control de constitucionalidad con ocasión de la aplicación de la norma del artículo 318 CP que incidirá en un proceso donde existe un marco y un contexto donde será determinante su sentencia, sobre todo existiendo dos imputados adolescentes.

³ Rol 1416 de 14 de julio de 2009, “la expresión “precepto legal” como ya lo ha resuelto esta Magistratura es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley. Así, por lo demás, ya tuvo oportunidad de razonarlo, y concluirlo las Sentencias de Inaplicabilidad Rol 626 de 16 de enero de 2007, Rol 747 de 31 de agosto de 2007, Rol 755 de 31 de marzo de 2008, Rol 944 de 13 de mayo de 2008 del TC.

IV.- Carácter decisivo de las normas legales cuestionadas

Efectivamente “la relevancia” está dada porque el Juez de la Instancia (en el Sexto Juzgado de Garantía) donde se resolverá la causa en procedimiento simplificado, pueda aplicar el precepto – del artículo 318 CP – para resolver el asunto sometido a su conocimiento. A objeto de fundar adecuadamente la exigencia del artículo 93 N°6 de la CPR, resulta necesario señalar que la norma del artículo 318 incidirá en la sentencia, a la que necesariamente habrá de arribarse en la causa RIT. En efecto, se encuentra pendiente – a la fecha – la audiencia de preparación de juicio oral simplificado y finalmente la realización del juicio oral simplificado, por lo que el “elemento de relevancia” – deriva en este caso que el órgano jurisdiccional llamado a aplicar la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, necesariamente debe decidir sobre el derecho de las partes en dicho juicio y dentro de las hipótesis de aplicación de la norma controvertida⁴. “La relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad depende de la aplicabilidad de la disposición o norma de cuya constitucionalidad se duda a los hechos de la causa pendiente en el juicio a quo”⁵; y en la especie, el artículo 318 CP será determinante al momento de dictar una sentencia absolutoria o condenatoria según sea el caso. Para el evento que sean condenados ambos requeridos – dos menores de 16 años – no podrán serlo a una pena superior a la multa de 6 Unidades Tributarias Mensuales para cada uno, que fue precisamente la sanción que solicitó el Ministerio Público en su requerimiento en procedimiento monitorio, sin fundamento ni parámetro objetivo alguno, incidiendo de esta forma en calidad de decisoria la norma del artículo 318 del Código Penal.

V.- Existencia de una gestión pendiente ante un Tribunal Ordinario o Especial.

Como se ha señalado anteriormente, doña han sido requeridos en procedimiento monitorio en causa y se encuentra certificada la gestión pendiente en el Juzgado de Garantía (que se acompaña a este libelo)

⁴ PICA, Rodrigo (2010) “¿En qué consiste el denominado “control concreto de constitucionalidad” y en qué medida la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización”, Estudios Constitucionales, Librotecnia, pág. 347-348

⁵ PIZZORUSSO, Alessandro (2006) “La justicia constitucional italiana, entre modelo difuso y modelo concreto”, en Requejo Pages, Juan Luis (coordinador) Fundamentos, cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional N°4

Como el tribunal estimó que no se encontraba suficientemente fundado el requerimiento, al ser rechazado por el Juez de despacho, al tenor del artículo 392 del Código Procesal Penal, se sustituyó el procedimiento por el sólo ministerio de la ley y, se encuentra fijada audiencia de procedimiento simplificado ante del Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, la que se ha debido re agendar, atendidas las dificultades que se han producido para que los jóvenes se puedan conectar al link del Zoom.

Que, en la audiencia de 15 de septiembre pasado, que dirigió esta magistrada, sólo compareció el joven, el que fue notificado de la próxima audiencia, sin embargo, no se encontraba presente, por lo que se dispuso reiterar la notificación, considerando que están pendientes audiencia de procedimiento simplificado, de preparación de juicio y la de juicio oral simplificado.

VI.- Inexistencia de pronunciamientos previos

Que el precepto legal – artículo 318 CP – cuya constitucionalidad se encuentra en entredicho, no ha sido declarado conforme a la Constitución por este Tribunal Constitucional, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento.

VII.- Fundamento plausible del presente requerimiento

Que respecto a los antecedentes señalados, es posible inferir que es procedente el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad toda vez que al momento de proceder a dictarse sentencia necesariamente deberá aplicarse el artículo 318 del Código Penal, si la misma es condenatoria, no podrá exceder de la pena solicitada por el Ministerio Público en su requerimiento monitorio, como ya lo adelante, con una supuesta vulneración de las normas constitucionales que señalaré en el acápite siguiente por las razones que expondré a continuación.

VIII. Fundamento Plausible en relación a las Normas Constitucionales que eventualmente serán infringidas por la aplicación del caso concreto del artículo 318 del Código Penal y sobre el desarrollo de las causales de impugnación debo mencionar lo siguiente:

Como se sabe, la garantía de legalidad penal implica tres manifestaciones, las cuales pueden resumirse de la siguiente forma: Reserva legal, es decir, que sólo la ley

puede obrar como fuente de delitos y penas; Irretroactividad de la ley penal, esto es, que sólo puede ser aplicada a hechos que ocurran después de su entrada en vigencia; y Tipicidad, que significa que el precepto que crea el delito debe encontrarse redactado en términos estrictos.

Entre estos sub principios se encuentra – y en posición preeminente – el principio de **tipicidad** propiamente tal, también llamado principio de determinación o de taxatividad, que abraza las clásicas garantías criminal y penal, exigiendo que tanto la definición de la conducta delictiva, como las consecuencias de la misma, alcancen la mayor concreción posible en la ley, impidiendo así que por vía material se eluda el principio de legalidad, empobreciendo a éste como mera garantía formal. En efecto, las finalidades del principio de legalidad pueden verse frustradas por el propio legislador, al formular las normas penales de manera tan imprecisa como para que el ciudadano, aun conociendo su contenido, no sepa exactamente lo que le está mandado o prohibido⁶ – como ocurre especialmente en el caso presentado a vuestro Excmo. Tribunal – toda vez que una de las personas requeridas por el Ministerio Público, es un menor de 16 años. Como señala Rodríguez Mourullo⁷, decisivo para comprobar la vigencia del principio de legalidad, no es el reconocimiento formal del mismo, en uno o varios preceptos de carácter general, sino la forma en que aparecen configurados los distintos tipos de delito en particular. En consecuencia, se impone al legislador la obligación de determinar con precisión y claridad tanto el presupuesto como la consecuencia de la norma penal y que se manifiesta en el siguiente aforismo: *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, Ningún delito, ninguna pena sin ley previa.

En consecuencia, siguiendo a Misseroni, podemos fijar al tipo legal, tres funciones ya delimitadas a través del desarrollo actual de la doctrina:

Función de garantía. La tipicidad es una concreción del principio de legalidad y, al igual que éste, también constituye una garantía para todas las personas.

⁶ CURY, Enrique, La ley penal en blanco (Bogotá, 1988), p. 14

⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho Penal. Parte General (Madrid, 1977). p.61

Para que el principio de legalidad constituya una efectiva garantía es necesario que las conductas delictivas, o los tipos, estén redactados en la forma más completa y precisa que sea posible, porque mientras más minucioso es el tipo, mayor es la garantía para las personas. La ley ha de contener descripciones de acciones y no fórmulas amplias o imprecisas, dentro de las cuales puedan comprenderse otras conductas que la propia ley no ha querido prever.⁸ Por otra parte, la tipicidad constituye una garantía de igualdad, por cuanto todas las personas van a ser sancionadas y juzgadas de acuerdo con un mismo tipo.

Función legislativa. Al legislador le corresponde seleccionar de entre todas las conductas antijurídicas, aquellas que merecen sancionarse penalmente. Al efectuar esta selección, el medio o instrumento que utiliza es la creación de tipos. Por eso, se dice que el tipo es un instrumento del legislador, a través del cual, este último expresa sus criterios en materia de política criminal.

Función dogmática. La realización del tipo legal cumple una función indiciaria de la antijuridicidad. Cuando se comprueba que una conducta es típica. Esta comprobación nos indica que esa conducta típica, con un alto grado de probabilidad, será también antijurídica; y así ocurre en la gran mayoría de los casos, porque las conductas típicas son además antijurídicas, salvo que concurra alguna causal de justificación.

En síntesis, podemos concluir que la expresión tipicidad, en su función de garantía o condicionante de las legislaciones, es la única que se refiere en forma exclusiva a la obligación que se impone al legislador de determinar con exhaustividad y precisión las conductas constitutivas de delito (*nullum crimen sine lege certa*).⁹ En razón de esta especificidad y del arraigo que la expresión ha alcanzado en la doctrina nacional, es que he optado por utilizar la denominación principio de tipicidad

⁸ FONTAN BALESTRA, Carlos, Misión de Garantía del Derecho Penal (Buenos Aires, 19~0), p. 36.

⁹ MISSERONI RADDATZ, Adelio "El principio de tipicidad en la Constitución de 1980". Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XV (1991- 1994)

Dentro del concepto de tipicidad también debemos tener presente el principio de especialidad, atendida “la especialidad de la respuesta penal que se debe dar a los adolescentes” – ya que en el caso presentado a esta Magistratura – ambos imputados Katherine y Antonio son menores de 16 años de edad – y fueron requeridos en procedimiento monitorio, por incumplir la cuarentena, debiendo tenerse presente el mandato de especialidad en el juzgamiento penal de los adolescentes, en materia de derecho penal sustantivo.

8.1).- Infracción al Principio de Legalidad y tipicidad

La doctrina especializada ha sostenido que el Estado de Derecho debe proteger al individuo “no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”, es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva.¹⁰ Frente a esto, el principio de legalidad, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.¹¹ Tradicionalmente la doctrina ha rotulado ambas garantías como principio de legalidad (la ley es única fuente de delitos y penas), el cual es precisado por el principio de tipicidad (necesidad de que conducta sancionada esté descrita con precisión y especificidad).¹² Resulta útil además, acudir a la discusión suscitada en la doctrina respecto de las denominadas leyes penales en blanco, ya que como bien señala el profesor Cury constituyen una relajación del principio de legalidad porque son “aquellas que determinan la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta”.¹³

¹⁰ ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General. P.136

¹¹ *Ibid.*

¹² VARGAS, Tatiana (2013): “Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos”, Legal Publishing Chile. 3° edición actualizada. Pp. 4-5

¹³ CURY, Enrique (2005): “Derecho Penal. Parte General”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8° edición ampliada, p.174.

8.1.A) Leyes Penales en Blanco

Conocida es la distinción entre leyes penales en blanco propias e impropias, siendo las primeras de nuestro interés, ya que se han entendido como aquellas que se remiten para la descripción de la conducta punible, a normas de inferior jerarquía que la ley, por lo general, a disposiciones de carácter administrativo, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus organismos dependientes.¹⁴ Lo relevante de la clasificación se encuentra en la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias.

Ahora bien, tal como vuestro Excmo. Tribunal ha indicado, en sentencia TC Rol N°2758 de fecha 10 de septiembre de 2015, C°12, bajo dicha clasificación, “la Constitución Política de la República ha tolerado siempre que sean impropias o de reenvío, esto es, aquellas 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”¹⁵. Pero, por otro lado, en sentencia TC Rol N°1011 de 27 de agosto de 2008, C°4, señala, son “contrarias a la Constitución las llamadas leyes penales en blanco propias o abiertas, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma “infra legal” sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez”.¹⁶

Cabe destacar, en este punto, como lo refiriera don Carlos Künsemüller Loebenfelder en la plataforma Conversatorio Judicial, con la modificación del artículo 318 del Código Penal y la ampliación de su aplicación “se ha visto revitalizada la discusión acerca de si trata de un delito de peligro abstracto o de un delito de peligro concreto y antes que eso, la antigua discusión acerca de si se trata o no de una ley penal totalmente en blanco y por lo tanto, infractora del principio de legalidad”¹⁷

¹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo (1999): “Derecho Penal. Parte General” Editorial Jurídica de Chile, Tomo 1, p. 85

¹⁵ ROL N°2758 INA de fecha 10/09/2015, se solicita la declaración de inaplicabilidad de los artículos 277 y 279 del CP en causa pendiente del Juzgado de Garantía de Copiapó en RIT 2795-2014, RUC 1301229078-5

¹⁶ ROL N°1011 INA de fecha 27/08/2008 inconstitucionalidad presentado por Antonio Hernán Vargas Díaz respecto de los artículos 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar, en la causa Rol N° 8386, de la Fiscalía Naval de Valparaíso y el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval.

¹⁷ Discurso Inaugural de don Carlos Künsemüller Loebenfelder, Ministro de la segunda sala de la Excmo. Corte Suprema de Chile, en la inauguración de la Plataforma Conversatorio Judicial “Radiografía al Proceso Penal” www.conversatoriojudicial.cl <https://youtu.be/RHPdRMXH1TY> (15 de julio de 2020)

El delito previsto en el art. 318 CP, como señala el profesor Gustavo Balmaceda Hoyos, es originario de nuestro Código punitivo, estando la conducta típica – en sus orígenes – agotada a una “infracción formal de reglas de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de pandemia o contagio” y producto de la importante insuficiencia normativa en materia sanitaria que se generaba en la época, por lo que en 1931 se dictó el Código Sanitario con el objeto de llenar estos vacíos legales desde una perspectiva puramente administrativa.

Por su parte, el profesor Fernando Londoño recientemente ha hecho ver también el inconveniente en sede de constitucionalidad de la norma impugnada señalando que: “si todo lo que queda del tipo del art. 318 es una infracción de reglas de autoridad (las más de las veces infra-legales, salvo los contados casos reconducibles al Código Sanitario), entonces se ha abierto de par en par un flanco en sede de legalidad/tipicidad, en tanto ley penal en blanco propia que es.”¹⁸

De un modo similar, este Tribunal Constitucional ha razonado en STC Rol N°479 C°20 señalando que: “el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su “núcleo esencial”, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior”. Y en modo similar en STC Rol N°2744 C°30 ha señalado que “el principio de legalidad penal en sentido estricto exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta donde llega éste, hasta donde puede o no puede actuar el ciudadano, donde comienza el Derecho Penal”.

La discusión hoy día, se produce en base a los alcances y legitimidad de la punibilidad de la conducta, por cuanto se produjo un giro radical – como lo señala el abogado Miguel Schürmann – por parte del Ministerio Público en la comprensión de cómo opera este delito y la diferencia se marca con la publicación de la Ley 21.240.

¹⁸ LONDOÑO, Fernando (2020): “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal. Criminal Justice network.eu, Disponible en

<https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/responsabilita-penale-per-i-trasgressori-della-quarantena-revisione-critica-degli-articoli-318-e-318-bis-del-codice-penale-nuova-legge-n-21240-piu-micro-che-macro>

Fecha de consulta: 22-07-2020.

Antes de la modificación legal de 20 de junio de 2020 lo consideraban un delito de peligro concreto y después de la publicación de la L21.240 al crear el art. 318 bis y 318 ter, se entendió que el artículo 318 CP era un delito de peligro abstracto, en los términos de entender (para el MP) que por el sólo hecho de incumplir una norma sanitaria, se pone “inmediatamente” la salud pública, de manera que, todo tipo de infracción a una regla sanitaria constituye delito.¹⁹

8.1.B) Infracción al Principio de Legalidad Penal o de Taxatividad

En el caso presentado, existiría infracción al principio de legalidad, vulnerando el artículo 19 número 3 inciso 8 de la Constitución Política de la República que establece “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.*”

En ese mismo sentido lo ha entendido esta Magistratura constitucional, al señalar que: “(...) cabe concluir que la norma objetada (artículo 22 del DFL 707) aparece vulnerando los límites constitucionales, en la medida que afecta garantías que el constituyente ha previsto bajo la denominación de principios de legalidad y reserva penal, contenidos en los incisos octavo y noveno del artículo 19 N°3 de la Constitución.

Que tal vulneración se materializa en que el principio de legalidad penal, expresado en la reserva de la ley penal, enunciada por Feuerbach con el aforismo latino “*nullum crimen sine lege previa, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium*”, al que además se debe añadir el principio de legalidad en materia de ejecución de las penas, y se sustenta, en lo que atañe al caso de autor, en la necesidad de que los ciudadanos conozcan el alcance de la amenaza penal sobre todo sepan cuál es el ámbito de las conductas prohibidas. De esta manera, resulta necesaria la existencia previa de la delimitación de las conductas prohibidas, así como de las amenazas penales que su verificación ha de comportar. (STC Rol N°2744. C°29).

¹⁹ SCHÜRMAN, Miguel, en Conversatorio Judicial – Radiografía Judicial al Proceso Penal “Artículo 318 al CP: peligro a la salud pública, aspectos críticos de su aplicación y proporcionalidad de las sanciones”.
<https://www.youtube.com/watch?v=KtRR3vGAHtI> (23 de septiembre de 2020).

A continuación, en el mismo pronunciamiento el tribunal precisa que: “el principio de taxatividad o legalidad penal en sentido estricto exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal. [...] descripción que no se adecúa a la conducta descrita por el legislador como correspondiente al mandato constitucional de configurar una figura delictiva de forma certera, precisa y suficiente para evitar la vulneración del principio de taxatividad” (STC Rol N°2744 C°30).

Así las cosas, el artículo 318 del Código Penal estaría dejando el núcleo de la conducta abandonado a una regla infra legal 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 sanciona. Por ello, el profesor Cury destaca la incompatibilidad de esta clase de leyes con el principio *“nulla poena”* al cesar de cumplir la función de garantía en que radica su fundamento ya que el principio de reserva legal tiene por objeto primordial asegurar que los ciudadanos sepan, con tanta precisión y claridad como sea posible, cuáles son las conductas cuya ejecución u omisión, según sea el caso, trae aparejada la imposición de una pena.²⁰

Reconducción del núcleo esencial de la norma legal a una norma de rango inferior

Al señalar el artículo 318 del Código Penal 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 entregado claramente el núcleo esencial de la conducta a una norma de rango infra legal que dudosamente puede ser entendida desde su nacimiento como una que cumpla con los estándares de publicidad y conocimiento que permitan a la persona media, saber con relativa certeza de su existencia y conducta prohibida que contiene.

²⁰ CURY, Enrique (2005): “Derecho Penal. Parte General”

Por lo tanto, al sancionar la norma impugnada al que pone en peligro la salud pública por “infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad”, lo que se está haciendo, no es más que, reconducir el núcleo esencial de la norma penal a cuerpos normativos de rango inferior, en el caso concreto, a meras resoluciones exentas dictadas por el Ministerio de Salud – y en la especie – por incumplirse la Resolución Exenta N°322 de fecha 28 de abril de 2020 del Ministerio de Salud y Resolución Exenta N°327 de fecha 06 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud, respecto de personas que no cuentan con un PCR Positivo, ya que nada se dijo en el requerimiento presentado.

Siguiendo esta misma línea argumental, la doctrina nacional, ya ha comenzado a cuestionar la constitucionalidad de la norma impugnada. Así, se ha indicado que el delito del artículo 318 es una norma penal en blanco propia, pues no tiene descrita la conducta típica, y la expresión “poner en peligro la salud pública” sólo hace referencia al resultado que se produce. Si aplicamos la norma, en la forma como lo ha entendido el MP podemos encontrarnos con personas que tengan un PCR negativo, y que no tienen ninguna duda a su imposibilidad de contagio que por el sólo hecho de que se les haya acabado el tiempo de permiso en una zona con cuarentena o que incumpla con el toque de queda, estaría cometiendo la conducta típica como lo ha entendido el ente persecutor. Así, puesta la discusión hoy día, nos encontramos entonces con que para el MP toda infracción a las normas sanitarias constituye delito – sin considerar que sólo se trata de normas reglamentarias, esto es, resoluciones exentas, con rango infra legal.

Resulta fundamental, como lo plantea Schürmann, poder hacer un análisis de cuáles son las conductas que ponen en mayor riesgo la salud pública o mejor dicho la seguridad individual. Es necesario interpretar este delito conforme a presupuestos de legitimidad; esto es, legalidad y proporcionalidad; y determinar cuál es el núcleo esencial de la conducta punible; y en la especie, no existe una conducta típica²¹ – de hecho sólo se habla de la infracción al artículo 318 CP y no de la conducta; lo que ha sido ratificado incluso por una Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (Rol 207-2020)²²

²¹ SCHÜRMAN, Miguel, Conversatorio Judicial pública, <https://www.youtube.com/watch?v=KtRR3vGAHtI> (23.9.2020).

²² Rol 207-2020 AMPARO ICA de Puerto Montt. 31 de julio de 2020 se pronunció respecto el Sobreseimiento Definitivo en causa RIT 843-2020 del Juzgado de Garantía de Ancud, por imputado formalizado por incumplir la Resolución Exenta N°9289-2020 de 7 de abril 2020, dictada por la SEREMI de Salud de Los Lagos, que dispone un período de aislamiento de 15 días para toda persona que ingrese a la Isla de Chiloé.

Este fallo, reviste un gran interés, ya que se pronuncia respecto de un recurso de amparo presentado por la defensa de un imputado que fue formalizado por dos delitos previstos por el artículo 318 CP al incumplir la Resolución Exenta N°9289-2020 de 7 de abril 2020, dictada por la SEREMI de Salud de Los Lagos, que dispone un período de aislamiento de 15 días para toda persona que ingrese a la Isla de Chiloé; sin embargo, esta resolución nunca fue publicada por la autoridad sanitaria en el Diario Oficial, tal como ordenan los artículos 48 y 49 de la Ley 19.880; y esto cobra especial relevancia, ya que la publicación configura un elemento normativo del tipo, ya que no cualquier infracción a una norma sanitaria constituye delito – de lo contrario se podría entender a este delito de peligro abstracto como una anticipación de la punibilidad. Se determina que no basta una conducta que vulnere las restricciones horarias impuestas por la autoridad para prevenir la expansión del contagio, sino que debe existir “algo más” como bien dice el profesor Fernando Londoño.

En este caso el Tribunal de alzada señala que debe existir un peligro de daño real para la salud pública, y si bien el MP en este caso había solicitado dos penas de 61 días de presidio menor en su grado mínimo cada una, por incumplir en dos ocasiones las normas sanitarias, la Corte anuló la sentencia y dictó una sentencia de reemplazo recalificando los hechos a dos faltas, por lo que el imputado fue sancionado con una pena de multa de 2 UTM. Es decir, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt estimó que se trataba de una falta y no de un simple delito.

En el caso presentado, el requerimiento en procedimiento monitorio interpuesto por el ente persecutor solo indica que *“El día 20 de junio de 2020, alrededor de las 09:30 horas, los requeridos doña, fueron sorprendido en avenida San Alberto Hurtado frente al N°60, comuna de Estación Central, infringiendo las medidas adoptadas por la autoridad de salud sin contar con un permiso de desplazamiento válidamente otorgado, por ende poniendo en peligro la salud pública”*.

Como es posible advertir, en lo que dice relación con el “hecho”, con la “conducta típica” no se señala nada más, no da cuenta si ambas personas requeridas – madre e hijo – estaban con mascarilla, si tenían algún examen que diera cuenta de su estado de salud, etc. Se puede sostener entonces que la norma del artículo 318 del CP comprende una

norma penal que no contiene la conducta y entrega su determinación completa a los reglamentos, que lógicamente poseen un rango inferior a la ley, y por lo tanto, estamos en presencia de un delito sin conducta; sin un núcleo esencial determinado por una norma de rango legal, lo cual implica vulnerar el principio de legalidad consagrado en el artículo 19 N°3 de la CPR.

Eventualmente, el artículo 318 del Código Penal – como ya lo adelanté – podría constituir una ley penal en blanco ya que el comportamiento que contempla la conducta típica se encuentra contenida en una regla inferior a una ley, lo que cobra fuerza en el mismo requerimiento en procedimiento monitorio que presenta la fiscalía donde establece que en día y lugar que detalla, los requeridos fueron sorprendidos por funcionarios de Carabineros de Chile, circulando en la vía pública detallando *“Que, con fecha 18 de marzo de 2020, Su Excelencia el Presidente de la República, declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, en virtud del Decreto N° 104 de 2020 del Ministerio del Interior. Así, el artículo 4° de dicho decreto dispone que, para el ejercicio de las facultades que ahí se entregan, “los Jefes de la Defensa Nacional deberán tomar en consideración las medidas sanitarias dispuestas para evitar la propagación del Covid-19, en actos administrativos dictados por el Ministro de Salud”. Que en uso de dichas atribuciones y mediante Resolución Exenta N° 322 de fecha 28 de abril de 2020 del Ministerio de Salud se decretó entre otras medidas que todos los habitantes de la comuna de Estación Central, deben permanecer en aislamiento o cuarentena, es decir, en sus domicilios habituales, iniciándose esta medida a las 22:00 horas del 30 de abril 2020 y regirá por un plazo de 7 días pudiendo prorrogarse si la situación epidemiológica así lo hace aconsejable. Que mediante resolución exenta 327 de fecha 06 de mayo 2020 del Ministerio de salud se prorrogó dicha medida hasta las 22 horas del 15 de mayo de 2020 pudiendo prorrogarse si la situación epidemiológica así lo hace aconsejable”*,

Pese a que la Fiscalía señala que “los hechos descritos están previstos y sancionados en el artículo 318 del Código Penal” en su descripción fáctica da cuenta que los hechos en que funda su requerimiento monitorio están previstos en las resoluciones exenta N°322 y 327, ya detalladas, dedicando un escueto párrafo al hecho en si.

Los requeridos debían conocer cuál es el ámbito de las conductas prohibidas por el artículo 318 del Código punitivo – más si son menores de edad – lo que se traduce en los siguientes principios: no hay delito sin una ley previa, escrita y estricta, no hay pena sin ley, y la pena no puede ser impuesta sino en virtud de un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley, y la ejecución de la pena ha de ajustarse a lo previsto en la ley y en los reglamentos: son los denominados principios de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. (Así se establece en las sentencias del TC en Rol 3306 C°15 y Rol 3329 C°17).

8.2).- Infracción al Principio de Interés Superior de los NNA y de Especialidad del derecho penal sustantivo respecto del Adolescente

Si bien es cierto, el “interés superior del niño” (ISN) es un concepto jurídico indeterminado, es un principio rector y una garantía de sujeción del legislador al respeto de los derechos fundamentales. Tanto la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959, como la Convención de 1989, establecen al legislador como uno de los destinatarios de las obligaciones que impone el principio de ISN. Con ello se plantea una cuestión de justificación de ese mandato limitador de la soberanía estatal, a través de un precepto de contenido jurídico relativamente indeterminado como es el del interés superior.²³

En el caso de Chile, la ausencia de normas explícitas que reconozcan a la infancia o a los niños, niñas y adolescentes en la Constitución – incluido su interés superior – no ha obstado a que, por vía jurisprudencial, se otorgue protección constitucional a sus derechos; de esa forma este Tribunal Constitucional ha ido consolidando la aplicación material de los tratados de derechos humanos en su interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales, incluida la Convención de los Derechos del Niño.²⁴ Por esta vía, se ha pronunciado directamente sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes en el caso del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, por ejemplo, en el Rol N°786-2007, de 13 de junio de 2007, C°27: “... todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley 20.084 y específicamente, su artículo 2° que establece: “Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”.²⁵

²³ CILLERO Bruñol, Miguel. “Interés Superior del Niño: apuntes para su reconocimiento constitucional” en Constitución Política e infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile. UNICEF, pág. 56. Disponible en www.unicef.cl

²⁴ ESPEJO Yaksic, Nicolás. “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República” en Constitución Política e infancia. UNICEF, pág. 13. Disponible en www.unicef.cl

²⁵ ROL N°786-2007 STC de 13 de junio de 2007. Requerimiento presentado por un grupo de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del artículo único, N°3°, del proyecto de ley modificatorio de la L20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 N°1 del citado cuerpo legal.

Agrega el fallo “.. en la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

De esta forma el ISN, tal como lo ha reconocido esta Magistratura, “tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales y se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”, así lo expresó la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 11 de abril de 2011 y ratificado en SCS de 14 de enero de 2013.

En relación al bien jurídicamente protegido que contempla la norma del artículo

318 CP (salud pública) y considerando que *Bryan Israel Carvajal Pedreros* es un adolescente, es decir, un sujeto en desarrollo físico y moral, cuya capacidad de anticipar las consecuencias de sus actos o ceñirse a normas cuya finalidad no comprende del todo, se ve interferida por su etapa evolutiva, cabe preguntarse si un adolescente es capaz de entender el bien jurídico tras la norma, sobre todo en aquellos casos donde el joven se encuentra sano y no tiene mayor noción en su entorno familiar respecto de la enfermedad.

De acuerdo con el artículo 10 N°2 del CP los adolescentes están exentos de responsabilidad penal, y su responsabilidad por infracciones a la ley penal se regula por la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA).

Por su parte, la modificación del artículo 318 del CP en su inciso 3°, señala que en el caso que se requiera pena de multa por el mínimo establecido – esto es 6 UTM – se procederá en cualquier momento de acuerdo con las normas del procedimiento monitorio, donde la pena podrá ser suspendida de acuerdo con el artículo 398 del CPP, norma que regula la suspensión de condenas por falta. Lo que a su vez, abre la puerta para debatir respecto a la aplicación para adolescentes de lo dispuesto en el inciso tercero de la norma citada, ya que, si la conducta es considerada una falta en atención a la pena, dicha falta no podría ser punible para los adolescentes que se encuentran en el grupo etario de 14 y

15 años, porque en el caso de ellos, tratándose de faltas están sujetos a la Ley 19.968;²⁶ y en consecuencia, no responden penalmente por faltas. En el caso del grupo etario entre 16 y 17 años, si bien ellos responden penalmente por faltas, éstas están limitadas, sólo a las faltas que contempla el artículo 1° de la LRPA, que expresa “Tratándose de faltas, sólo serán responsables en conformidad con la presente ley los adolescentes mayores de dieciséis años y, exclusivamente tratándose de aquellas tipificadas en los artículos 494 números 1, 4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 477, 494 bis, 495, número 21, y 496, números 5 y 26, del Código Penal y de las tipificadas en la ley N° 20.000. En los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968”, donde no se contempla la establecida en caso de la penalidad mínima del inciso 3° del artículo 318 CP.

8.2.A) Prohibición de aplicar una sanción a un adolescente por Analogía

Para hacer aplicable el artículo 318 inciso 3° CP y la suspensión de la imposición de la pena a los adolescentes, la Ley 21.240 debería haber modificado la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA), cosa que no ocurrió y no pudiéndose entonces atribuir consecuencias penales por analogía permitiría argumentar que esta regulación derechamente no es aplicable a adolescentes.

Según el profesor Héctor Hernández, se puede afirmar que la exención de responsabilidad penal de los adolescentes en esta materia está relacionada con que el sistema penal juvenil es “un régimen penal diferenciado para los adolescentes, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, con garantías equiparables a las que rigen para infractores adultos y caracterizados, en términos generales, por una relativa benignidad en comparación con el régimen penal general. De esta manera, se entiende, el Estado chileno estaría dando cumplimiento a sus compromisos internacionales en orden a asegurar un régimen garantista y moderado de punición de infractores adolescentes, tal como se desprende, fundamentalmente, de la Convención Internacional de Derechos del Niño.”²⁷

²⁶ Ley 19.968 publicada el 30 de agosto de 2004, crea los Tribunales de Familia

²⁷ HERNÁNDEZ B., Héctor. “El nuevo derecho penal de adolescentes y la consecuente necesaria revisión de su “teoría del delito””, Documento de Trabajo UDPE N°8, abril 2007.

8.2.B) Ley 20.084 no fue modificada por Ley 21.240

En el caso de la responsabilidad penal adolescente, la Ley 20.084 dispone en su artículo 1°: *“La presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas”*. Por lo que el legislador ha proporcionado un régimen especial para llevar a cabo las tres etapas en que se enfrenta cualquier caso penal; investigación, juzgamiento y ejecución de las sanciones; y establece como supletorias las disposiciones del Código Penal, Código Procesal Penal y de leyes especiales, pero esta supletoriedad debe realizarse de acuerdo a las Convenciones de Derechos Humanos suscritas por Chile, y a los principios que inspiraron la citada Ley, lo que ha provocado en los últimos años interesantes discusiones ante las Cortes de nuestro país; y que es completamente aplicable en este caso, tanto a Katherine como a Antonio.

Con la reforma al artículo 318 CP no se modificó el mínimo de la pena, ya que solo aumentó la pena máxima, por lo que, en principio, el marco penal sigue siendo el mismo para el adolescente. Así, si la pena para un adulto que infrinja la norma comienza en presidio menor en grado mínimo (61 días en adelante), para un adolescente, el marco penal desde donde se seleccionará la naturaleza de la pena será de prisión en grado máximo (41 a 60 días), quedando entonces en el tramo del artículo 23 N°5 de la Ley 20.084; es decir, el tramo más bajo de penas que pueden ser impuestas a un adolescente; y en ese caso, el tribunal podrá imponer las penas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa o amonestación.

El endurecimiento o aumento de penas con la nueva redacción que tuvo esta disposición, no supone un nuevo marco penal para los adolescentes, puesto que de acuerdo con el artículo 21 de la L20.084, para determinar la extensión de la pena de un adolescente, el tribunal deberá aplicar una sanción, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente. Es decir, las penas de adolescentes sólo constan de un grado, es la pena un grado inferior al mínimo establecido por ley para el delito del artículo 318 CP para un adulto.

Si bien la modificación a esta norma supone la posibilidad de sancionar el delito con presidio menor en sus grados mínimos a medio, lo que por aplicación del artículo 21

de la LRPA no tiene incidencia en el marco penal de los adolescentes cuya extensión está definida por el tramo del numeral 5° del artículo 23 LRPA, lo cierto es que la reforma supone la alteración al alza de la cuantía de la multa como pena sustitutiva, la que ahora va de 6 a 200 UTM – y esto – claramente, atenta con el Principio de Proporcionalidad de las penas, que desarrollaré más adelante.

Sin embargo, por efecto del artículo 6 LRPA toda pena establecida en el Código Penal para adultos es sustituida por algunas de las sanciones especiales para adolescentes, lo que provoca ciertas dificultades. En ese caso, si a un adolescente se le quiere sancionar con multa, no será condenado a la pena alternativa del artículo 318 CP, sino que la multa debiese ser la pena principal tal como lo dispone el artículo 9 LRPA en cuyo caso la multa no podrá exceder las 10 UTM, siempre y cuando las facultades económicas del adolescente o su adulto responsable, así lo aconsejen. “El juez podrá imponer una multa a beneficio fiscal que no exceda de diez unidades tributarias mensuales. Para su aplicación y la determinación de su monto, además de los criterios señalados en el artículo 24 de la presente ley, se considerarán la condición y las facultades económicas del infractor y de la persona a cuyo cuidado se encontrare”.

Para el caso, que se encuentra con gestión pendiente ante el Sexto Juzgado de Garantía, en causa RIT, la multa que deberá asumir cada uno es de 6 UTM, lo que nos lleva a pensar si es que eso será posible aquello, considerando su condición de menores de edad.

Aun así, el juez está expresamente facultado para autorizar el pago de la multa en cuotas, ya sea a petición del adolescente o de su defensor. De acuerdo con el inciso final del artículo 9 LRPA, la multa será conmutable, a solicitud del infractor, por la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, a razón de 30 horas por cada tres unidades tributarias mensuales.

¿Proporcionalidad de la pena de multa para los adolescentes?

Así, la eventual conmutación no podría ser mayor a las 100 horas de prestación de servicios comunitarios, por lo que a los adolescentes, “hipotéticamente”, les favorecería entonces aceptar la multa y posteriormente no pagarla, y en ese caso, el incumplimiento de la pena de multa podría quebrantarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52

Nº1 LRPA, en cuya virtud, en caso de decretarse el quebrantamiento sólo será posible sustituir la multa originalmente impuesta por 30 horas de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y no por las eventuales 100 horas que podría llegar en caso de que no acepte la multa como sanción original; sin embargo, en la práctica, cobra especial relevancia, la pena de multa, ya que – en muchos casos, sino la mayoría – los adolescentes no tendrían ninguna posibilidad real de poder pagar la multa, porque carecen de recursos económicos para pagar ésta y la exigibilidad y cumplimiento de misma sería imposible.

8.2.C) Infracción a la Convención de los derechos de los niños (CDN)

Cabe destacar, que en este tipo de procedimientos monitorios, las posibilidades de actuación de la defensa de los adolescentes son menores – ya que el procedimiento se encuentra acabado, es decir, lo que se notifica en el requerimiento, si es que éste fue acogido por el juez, es la sentencia; y si este fue rechazado – como ha ocurrido en este caso – se le consulta a los requeridos si admiten responsabilidad en los hechos, pero con una investigación ya terminada; por lo que, en muchos casos las posibilidades de defensa de los menores no existen; y en la especie no es muy diferente, quedando sólo la instancia en audiencia de preparación de juicio oral simplificado de señalar la prueba que hará valer en el juicio, si es que tuviese.

Si tenemos en cuenta que el sólo hecho de no reclamar un requerimiento monitorio dentro de plazo acarrea una sanción penal, claramente se puede producir un foco de posibles arbitrariedades y violación de derechos y garantías de los adolescentes.

Si bien es cierto el artículo 27 inciso 2 LRPA hace expresa referencia al procedimiento monitorio, no es menos cierto que su aplicación a adolescentes entra en un conflicto evidente con los fines del propio sistema penal de adolescentes – que se reconocen, por ejemplo, en los artículos 12, 37 y 40 de la CDN y artículo 2 de la LRPA – y, en concreto, con las finalidades de las sanciones declaradas en el artículo 20 de la Ley 20.084, que da cuenta en forma expresa de la finalidad de las sanciones para los adolescentes y es hacer efectiva la responsabilidad de éstos por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

8.2.D) Derecho a ser oído

El derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a ser oídos en el contexto de procedimientos judiciales y/o administrativos, supone por parte de los Estados el aseguramiento de una serie de exigencias o garantías mínimas, las cuales vienen a impactar en el diseño y la práctica de los procedimientos mismos. Estas exigencias se traducen en diferencias o modificaciones procesales y constituyen una manifestación del trato especializado al cual los NNA tienen derecho en función de su posición como sujetos de derecho y su desarrollo progresivo²⁸, como es el caso de *Katherin y Antonio*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, señala: “Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”.²⁹

En ese contexto, la ejecución del Procedimiento Monitorio contemplado en el artículo 392 del Código Procesal Penal por aplicación de la norma del inciso 3° del artículo 318 CP a adolescentes produce una contradicción evidente entre este procedimiento y la misma norma con el artículo 12.2 de la CDN, que garantiza al niño o adolescente el derecho a ser oído, estableciendo que debe ser escuchado en todo procedimiento judicial: y en el caso, del procedimiento monitorio que se ha incoado en la causa del Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, si bien, mutó el procedimiento porque se estimó por parte del tribunal que el requerimiento no estaba lo suficientemente fundado, de no mediar reclamación oportuna – que en la práctica son muy pocas – no permitiría que el adolescente pueda realizar algún descargo, o presentar prueba; y eso en consecuencia vulnera el derecho al debido proceso.

²⁸ ETCHEBERRY C. Leonor y FUENTES M. Claudio “El derecho de los niños a ser oídos” en Constitución Política e infancia. UNICEF, pág. 13. Disponible en www.unicef.cl

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párrafo 96

8.2.E) Infracción a los Principios que comprenden la Especialidad

Tal como ya lo adelantara en los párrafos anteriores, en el caso de los menores de edad, tal como en el condición de ambos requeridos de 16 años, su responsabilidad penal está marcada por el principio de especialidad que está determinado a su vez por el principio rector, cual es, el “Interés Superior del Niño”.

El principio de especialidad, en la Ley 20.084, genera una serie de diferencias con el sistema aplicable a los mayores de edad. El mensaje de la ley plantea que la especialidad se ve reflejada fundamentalmente en el tipo de sanciones que pueden imponerse a los adolescentes, así como, en su forma de cumplimiento y control de ejecución de dichas sanciones. Sin embargo, uno de los problemas que surgen a partir de nuestra norma dice relación con los procedimientos aplicables destinados a establecer la responsabilidad de los adolescentes y a determinar la sanción (basado en gran medida en el Código Procesal Penal).³⁰

Por ello, para Jaime Couso, la especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes, deriva, más allá de las reglas explícitas de la L20.084, de la aplicación de principios jurídicos especiales consagrados en la Convención de Derechos del Niño, que protegen derechos de adolescentes imputados y condenados, así como de principios jurídicos generales, establecidos a favor de imputados y condenados, pero que aplicados a la especial situación en que se encuentra el adolescente frente al sistema penal, se traducen en criterios y estándares diferenciados para su juzgamiento o para la aplicación de determinadas garantías.³¹

La justicia penal juvenil es especializada por así requerirlo el orden supranacional. Ello es así, por que el niño y/o adolescente es una persona, un sujeto de derecho, que exige ser tratado con todas las garantías constitucionales, más un plus, cual es atender a su peculiar proceso de formación, especialmente cuando el déficit cultural y educativo lo han colocado en contacto con el sistema penal.³²

³⁰ ARANDA Aliaga, Pablo, El Principio de “Especialidad” en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho. Universidad de Chile (2012) pág.50

³¹ COUSO Salas, Jaime, “Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal de adolescentes: El caso de la ley chilena”, en Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, N° 10, año 2008, pág. 100

³² ARANDA Aliaga, Pablo, Ob. Cit. (2012) pág.97

Para hablar del Principio de Especialidad en materia penal de adolescentes, es necesario señalar que comprende varios aspectos, entre los que podemos mencionar:

- a) Responsabilidad penal especial. Debe existir una especial consideración de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos que fluye el principio de la responsabilidad penal especial del adolescente (artículo 40.1 CDN)
- b) Especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal. Se debe evitar o reducir al mínimo el contacto del niño y adolescente con el sistema de justicia penal, en general (artículo 40, 3 letra b) de la CIDN.), y con la privación de libertad, en particular (artículo 37 letra b) y 40, 4 CIDN.)
- c) Especial orientación del derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva.

Se debe tener especialmente en cuenta “la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (artículo 40.1 CIDN.).

En todos los instrumentos internacionales sobre la materia se oponen a cualquier enfoque exclusivo o retributivo, que agote la justificación de la reacción penal en el merecimiento de un castigo o la necesidad de una incapacitación del infractor.

8.2.F) Infracción a los Estándares de Juzgamiento diferenciado

Según el profesor Jaime Couso³³, en razón del Principio de Especialidad se identifican una serie de estándares de juzgamiento diferenciado que deberían ser tenidos en cuenta en la aplicación del derecho penal sustantivo por parte de los tribunales respecto de los adolescentes, de esta forma, podemos advertir que la eventual aplicación del artículo 318 CP para los adolescentes — implica que se pasen a llevar varios estándares de juzgamiento.³⁴

³³ COUSO, Jaime. “La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre) pp. 267 – 322

³⁴ Los estándares de Juzgamiento los podemos detallar en los siguientes: Del principio de responsabilidad penal especial se desprenden los siguientes estándares de juzgamiento diferenciado: i) juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal; ii) culpabilidad disminuida del adolescente y tratamiento punitivo privilegiado; iii) juzgamiento diferenciado de los elementos de la culpabilidad; y iv) juzgamiento diferenciado de la coautoría y la complicidad. Del principio de especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente se desprenden los siguientes estándares de juzgamiento diferenciado: i) intervención mínima y desjudicialización; ii) excepcionalidad de la privación de libertad; y iii) mayor brevedad posible de la privación de libertad. Del principio de especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva, se desprenden el siguiente estándar de juzgamiento diferenciado: i) proscripción de las justificaciones meramente incapacitadoras en la individualización judicial de las sanciones; y ii) Juzgamiento diferenciado de ciertos aspectos del injusto penal.

8.2.F.1.- Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente y el control judicial

Para la docente María Inés Horvitz, la Ley 20.084, creó un sistema especial de responsabilidad penal para los adolescentes, poniendo fin al sistema binario “imputabilidad/inimputabilidad” basado en la declaración judicial sobre el discernimiento del menor; y somete el enjuiciamiento penal del adolescente a las garantías del debido proceso existentes con anterioridad para los adultos, corrigiendo así un efecto insostenible del ordenamiento positivo chileno ampliamente criticado por la doctrina. La Ley recoge los principios de la Convención sobre los Derechos de Niño ratificada por Chile en 1990, y con ello traza una línea de continuidad entre la infancia y la condición de ciudadanía. El “interés superior del niño” no sólo debe orientar sino limitar el poder punitivo estatal y el conjunto de las políticas públicas enfocadas hacia los niños y adolescentes, es decir, la edad del joven sólo puede constituir un factor de aseguramiento reforzado del goce actual y efectivo.³⁵

Conforme al inciso 1° del artículo 27 LRPA, la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad penal por parte de los adolescentes se regirá por las disposiciones de la L20.084; y el inciso 2° del mismo artículo establece que el conocimiento y fallo de las infracciones respecto de las cuales el Ministerio Público requiera una pena no privativa de libertad, se sujetará a las reglas del procedimiento simplificado o monitorio; por lo que frente a la discrecionalidad que tiene el Ministerio Público – en algunos casos – el tribunal de garantía al momento en que se interpone un requerimiento o se plantea una acusación debe controlar que éstos se ajusten a los parámetros que establece la Ley especial en materia penal juvenil, ya que la finalidad de la sanción a aplicar debe considerar no sólo el hecho sino que las condiciones subjetivas de sus autores – en este caso dos adolescentes de 16 años – por lo que sólo a través de la ponderación y el equilibrio que se debe buscar en la armonización de los principios de la prevención general y de la prevención especial, se puede encontrar una respuesta satisfactoria.³⁶

³⁵HORVITZ, María Inés, “Determinación de las sanciones en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y procedimiento aplicable”, Informes en Derecho – Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, N°3 (2006) pág 23 y 24

³⁶TIFFER, Carlos, “Fines y determinación de las sanciones penales juveniles”, Informes en Derecho – Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, N°2 (2011) pág 24

8.3).- Infracción a las normas del debido proceso: a un proceso racional y justo

Como ya se ha señalado en los párrafos anteriores, la aplicación del Procedimiento Monitorio – en relación al artículo 318 CP – implica que de acogerse éste y no mediar reclamo la persona quedará condenada, aun cuando se trate de una pena de multa a un simple delito. Si bien el legislador, dio la opción incluso de que se aplique el artículo 398 del Código Procesal Penal, éste por lo general, se aplica en aquellos casos que las personas no tienen antecedentes penales previos – como es el caso de Bryan y Valesca.

Si asumimos que respecto de un menor, también se solicita en muchos requerimientos se indique el nombre de su adulto responsable, de no mediar el reclamo oportuno de quien deba representarlo – sobre todo en este período de pandemia – no existe ninguna instancia para que la persona pueda realizar algún descargo, o presentar prueba; ya que su resolución, finalmente importaría en esos casos una sentencia condenatoria; y en esos términos se vulneraría el derecho a un proceso racional y justo.

A este respecto puedo citar la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las STC Rol N°2656 C°16³⁷ y, STC Rol N°2657 C°16.³⁸

En concordancia con lo precedentemente expuesto, debemos entender que el derecho de un niño o adolescente, a ser oído, forma parte de lo que nuestra Constitución considera el debido proceso, por lo tanto, no se estaría cumpliendo con este derecho fundamental si el juez, simplemente y sin ninguna explicación, decide no oírlo, pues estaría infringiendo el artículo 19 N° 3 de la CPR; por esa razón cobra especial relevancia la mutación del procedimiento monitorio a procedimiento simplificado, aun cuando de igual forma, la investigación ya se encuentra agotada.

³⁷ ROL 2656 STC de 9 de julio de 2014. Contienda de competencia suscitada entre la Fiscalía Regional del Ministerio Público de Biobío y el Juzgado de Garantía de Concepción, en los autos sobre delitos de incendio, Ruc N° 1300810306-7, Rit N° 10.315-2013. La sentencia recae sobre una contienda de competencia promovida por el Ministerio Público en relación con su facultad de proteger a testigos mediante la medida de reserva de su identidad. El Ministerio Público sostiene que se trata de una competencia que, conforme con la Constitución y la ley, le pertenece de modo exclusivo, por lo que no admite la revisión de dicha medida por parte del juez de garantía. El Tribunal Constitucional reconoce la facultad del Ministerio Público de adoptar la reserva de identidad de testigos de acuerdo con las normas del Código Procesal Penal, pero afirma que dicha medida es susceptible de revisión jurisdiccional como parte de la función del juez en la tutela de un racional y justo procedimiento e investigación. En el ejercicio de dicha función el juez debiese cautelar el derecho a un proceso justo tanto para la víctima como para el imputado.

³⁸ ROL 2657 STC de 9 de julio de 2014. Contienda de competencia suscitada entre la Fiscalía Regional del Ministerio Público de Biobío y el Juzgado de Garantía de Cañete, en los autos sobre delitos de robo con intimidación y atentados incendiarios, Ruc N° 1210017480-2, Rit N° 777-2012. La sentencia recae sobre una contienda de competencia promovida por el Ministerio Público en relación con su facultad de proteger a testigos mediante la medida de reserva de su identidad en modo similar al Rol 2656.

El artículo 19 N°3 de nuestra Constitución Política señala: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...”, y en su inciso 5to agrega que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

De acuerdo a Macarena Vargas y Paula Correa, “la aplicación del derecho del niño a ser oído y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, se entronca con el derecho al debido proceso. Uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, entendido por la doctrina como la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso por medio de alegaciones y pruebas... Dado que el derecho a la defensa es una garantía de rango constitucional alcanza también a los niños en su calidad de personas. Un niño no puede estar ajeno a la protección constitucional de la libertad de expresión y pensamiento, que son parte constitutiva e inescindible del derecho a la defensa. En estos casos adquiere una especial connotación y se materializa a través del derecho a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta. Contiene además una doble dimensión, por una parte, el derecho personal del niño de ser escuchado y el deber correlativo del juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando se pueda ver afectado en sus derechos por medio de un pronunciamiento judicial”,³⁹ lo que cobra especial relevancia en el caso de los dos adolescentes en este caso.

8.4).- Infracción al Principio de Igualdad y no discriminación

En el caso presentado, tanto a, se les ha dado un trato diferenciado si se les compara con otros jóvenes de 16 años que han incumplido las normas sanitarias; y en este punto, si consideramos lo expuesto por el profesor Humberto Nogueira Alcalá, quien da un tratamiento especial al Principio de Igualdad y no discriminación ante la Ley, resulta necesario citar Rol 1273 de este Tribunal Constitucional.

³⁹ VARGAS, Macarena y CORREA, Paula (2011). “La voz de los niños en la Justicia de Familia de Chile”, Ius et Praxis, año 17 N° 1.

El fallo en su Considerando 60, señala “así, estamos en presencia de una igualdad esencial cuando personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida son comparables”; y A su turno, el Considerando 61, refiere “Que, el procedimiento de la secuencia de la proporcionalidad descrita... ha sido presentado en nuestra doctrina por Humberto Nogueira” como prohibición constitucional de medidas excesivas, ordenando la presentación de sus tres sub principios: adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto; lo que precisamente se cuestiona respecto del requerimiento presentado por el Ministerio Público.

De esta forma, esta magistratura constitucional, en Rol 1535 de 28 de enero de 2010 entendió que la Igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, se ha concluido que “la razonabilidad es el estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o de desigualdad (Sentencias Roles N°28, 53 y 219).

El caso en estudio, presenta la particularidad de que se trata de dos jóvenes que aun cuando están sujetos a un estatuto especial, y están en la condición de “igualdad esencial” respecto de otros adolescentes – que no han sido requeridos, ni formalizados y respecto de los cuales se han aplicado otras salidas al proceso penal como Principios de Oportunidad o derechamente facultades de No Inicio de Investigación – ellos han sido objeto de un requerimientos en procedimiento monitorio con una pena de multa alta, la que asciende a la suma de 6 UTM y claramente, si consideramos que al día de la hoy la UTM tiene un valor nominal de \$50.372, cada uno de los jóvenes debiese pagar la suma de \$302.232.- (trescientos dos mil doscientos treinta y dos pesos).

Eso nos obliga a pensar entonces, si basta – en este caso – decir que los jóvenes simplemente “...fueron sorprendidos...infringiendo las medidas adoptadas por la autoridad de salud sin contar con un permiso de desplazamiento válidamente otorgado, por ende poniendo en peligro la salud pública”, ya que si nosotros aplicamos el criterio que ha primado en los fallos del Tribunal

Constitucional precedentemente citados, claramente los jóvenes deben tener el mismo tratamiento jurídico que se les ha dado a la gran mayoría de los adolescentes a nivel nacional, respecto de los cuales el Ministerio Público ha optado por aplicar las salidas contempladas en los artículos 168 y 170 del Código Procesal Penal.

En el caso planteado a esta Magistratura y de acuerdo a los razonamientos que se han esgrimido en los fallos citados estaríamos en presencia de una igualdad esencial, ya los dos adolescentes, , ambos de 16 años, están dentro del grupo de personas “adolescentes” que sin estar contagiados o sin estar en una lista de PCR Positivo, incumplieron una norma sanitaria, lo que los ubica en la misma situación en la que se encuentran otros jóvenes, que no han sido judicializados y los sitúa en el mismo punto de comparación que al resto; sobre todo, si consideramos que su conducta no está asociada a la comisión de otro ilícito. Es simplemente el incumplimiento a las Resolución Exentas N° 322 de fecha 28 de abril de 2020 y N° 327 de fecha 06 de mayo de 2020, ambas del Ministerio de Salud.

8.5).- Infracción al Principio de Razonabilidad

Este principio, si bien no está consagrado expresamente en nuestra Constitución, encuentra su sustento en el artículo 7° de la CPR que se sostiene en la idea de que los poderes públicos no pueden actuar de manera arbitraria. Ello implica que, además de su “investidura regular”, deben actuar dentro de su competencia, y según los procedimientos fijados en la ley. En tal sentido, señala el profesor Francisco Zúñiga, la competencia de los órganos estatales debe entenderse no sólo formalmente, sino que además desde un punto de vista material o de fondo, constituido por los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, o mejor dicho, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes (Art. 5°).⁴⁰

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha recogido tradicionalmente la idea de que la razonabilidad es un elemento implícito del principio de igualdad, y que por ende las diferenciaciones que fijen los poderes públicos deben ser razonables.

⁴⁰ MARTÍNEZ, José Ignacio – ZÚÑIGA Urbina, Francisco, “El principio de razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1, 2011, pp. 199 - 226. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca

A modo ejemplar podemos citar las Sentencias Roles N°28, 53, 219, 226, 249, 755, 811, 1204, 1217, 1243.

El profesor Miguel Ángel Fernández ha señalado con razón que la verificación de la razonabilidad forma parte de lo que él denomina “el juicio de igualdad”. Dicha verificación conlleva a su vez la del examen de proporcionalidad de la actuación pública.⁴¹

Si bien razonabilidad y proporcionalidad son conceptos parecidos, que apuntan al mismo objetivo de evitar la arbitrariedad en un proceso, lo cierto es que un estudio más detenido de ambos lleva a concluir que estricta y formalmente no son lo mismo.

En su sentencia Rol N° 203, el Tribunal Constitucional comenzó a diseñar lo que ha venido siendo una opinión ya constante en materia de razonabilidad – y que si bien se refiere a las tasas de tributos indirectos – da cuenta de los fundamentos jurisprudenciales que ha tenido presente en relación al principio de igualdad; y sostiene que *“las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”*.⁴² De esta forma, podemos advertir que para el caso del artículo 318 CP y la discrecionalidad con que en cada caso se aplica un procedimiento u otro o bien se solicita una pena de multa u otra, sobre todo que, en la práctica hemos incluso visto que para algunas personas se solicita un tercio de UTM y la pena se da por cumplida, para otras se solicitan 6 UTM sin mayores consideraciones, encontrándose esas mismas personas en igualdad de condiciones, por ejemplo: sin antecedentes penales previos y sin ser contar todas con un PCR Positivo, más sólo haber incumplido con la norma sanitaria correspondiente, lo que determinaría una condición común.

Uno de las instancias que nos da mayor claridad en relación a las desigualdades que se producen, está determinado por las audiencias de control de detención, ya que el Pool de Jueces que funciona en el Centro de Justicia de Santiago, nos permite conocer los criterios de cada persecutor, según sea la Jurisdicción de que se trate; existiendo importantes diferencias frente a los mismos hechos. _____

⁴¹ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2001) “Principio constitucional de igualdad ante la ley”. Santiago, Editorial Lexis Nexis

⁴² MARTÍNEZ, José Ignacio – ZÚÑIGA Urbina, Francisco, Ob. Cit. pág.209

(En este caso, el Tribunal conoció de un requerimiento en contra del artículo 2°, N° 10, letra a) del proyecto que modificaba el Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre rentas municipales. La modificación legal cambiaba el límite máximo que las municipalidades podrían cobrar por concepto de patentes municipales, pasando de 1.000 a 4.000 UTM. Los requirentes sostuvieron que esta reforma suponía un atentado al artículo 19, numerales 2 y 22.)

Es posible advertir que en los miles de procedimientos que se han incoado por parte del ente persecutor, frente a situaciones iguales o similares, cada fiscalía ha adoptado procedimientos diferentes, desde que hay fiscales que formalizan y no piden cautelares, otros que si se decreten éstas, otros presentan requerimientos con penas de multa de 6 UTM, otros requieren en simplificado con penas que parten en 61 días u otros en 540 e incluso en otros casos de connotación pública, llegando a solicitar medidas intrusivas, generándose una incerteza jurídica para quien debe conocer de la imputación que se le está efectuando.

De esta forma, la jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales se desarrolle dentro de un ámbito correcto y de legítimo ejercicio de la función constitucional que les compete; y para el caso sometido a conocimiento de esta judicatura, el Ministerio Público, debe actuar con la menor discrecionalidad posible; sobre todo en lo que dice relación a la solicitud de penas. Así lo recoge la STC 591-06, C°8 y en el mismo sentido la STC 1254, C°23 y la STC 2959-16, C°36, por lo que podemos entender que la punición dice relación con la proporcionalidad de la pena y con la gravedad de la misma.

Finalmente en este punto, resulta relevante citar la Sentencia RIT 276-2020 de la Il. Corte de Apelaciones de Iquique, de fecha 5 de agosto de 2020, que conociendo de la Apelación de la defensa en causa RUC 2010035700-4, RIT O-1264-2020, del Juzgado de Letras y Garantía de Pozo Almonte, el tribunal de alzada revocó la resolución del tribunal de primera instancia y sobreseyó la causa definitivamente, señalando que “el problema de legitimidad de los delitos de peligro abstracto, está dado por el reforzamiento del contenido de injusto material de los mismos, que sólo puede ser resuelto por el legislador, transformando los delitos de peligro abstracto puros en delitos de aptitud para la producción de un daño o de peligro abstracto-concreto”

Para quienes formamos parte del sistema de justicia penal, la utilización del artículo 318 del código punitivo no ha estado exento de polémica en cuanto a su aplicación, y así lo expresa la Corte de Apelaciones de Iquique, en sus Considerando Sexto y Séptimo, toda vez que, por Oficio FN N° 057/2020 del Fiscal Nacional del Ministerio Público dirigido a los fiscales regionales, jefes y adjuntos, jefes de gestión, asesores

jurídicos, abogados asistentes de fiscal y administradores de las fiscalías de todo el país, se estableció el criterio de actuación en delitos contra la salud pública entre otros, y se precisó que el referido artículo, establecía una figura de peligro concreto y por tanto, sancionaba al que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, siempre que ello ocurriese en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio y que las referidas reglas hubieren sido debidamente publicadas por la autoridad. Sin embargo, luego de la modificación de la Ley 21.240 se distribuyó un nuevo instructivo, señalando que se trata de un delito de peligro abstracto, ya que “los bienes jurídicos colectivos – como lo es la salud pública – a diferencia de los bienes jurídicos individuales, no se encuentran expuestos a una lesión empíricamente constatable, razón por la cual se acepta, modernamente, que su afectación sólo puede ser captada, adecuadamente, a través de la estructura de los delitos de peligro abstracto”.

No deja de llamar la atención – expresa la Corte – ⁴³ que el cambio de instrucción es una suerte de consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley 21.240 que crea en su artículo 318 bis una figura calificada de peligro concreto, diferente de la figura original de peligro abstracto del artículo 318.⁴⁴

⁴³ Sentencia RIT 276-2020 de la Itma. Corte de Apelaciones de Iquique, de fecha 5 de agosto de 2020, que conociendo de la Apelación de la defensa en causa RUC 2010035700-4, RIT O-1264-2020, del Juzgado de Letras y Garantía de Pozo Almonte; Considerando Sexto: Que la interpretación jurídica del artículo 318 del Código Penal a la luz de los principios del derecho penal, hoy inciso 1°, debe adaptarse a la evolución de la ciencia y la técnica, en cuanto las reglas higiénicas o de salubridad que están fijadas en este caso concreto por resoluciones dispuestas para los individuos que habitan la comunidad nacional, con el objeto de proteger la salud individual a propósito de la pandemia que padece la comunidad toda, que para la discusión citada se inserta justamente cuando se refiere a las reglas “publicadas por la autoridad, en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio”.

⁴⁴ Considerando Séptimo: Que, por una parte y siguiendo al autor Fernando Londoño Martínez, en su trabajo “¿Responsabilidad penal para los infractores de cuarentena? Revisión crítica de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley 21.240): más micro que macro...”, el problema es que el artículo 318 del Código Penal, no contiene un elemento objetivo de peligrosidad estadística, como si sucede con otros delitos de peligro abstracto, tales como el delito de tráfico de sustancias ilícitas y el manejo en estado de ebriedad, cuestión que conllevaría a buscar al interprete una alternativa que le confiera tal peligrosidad al mentado artículo, de modo de reconocer cobertura sólo allí donde se verifique “algo más” que la sola infracción de las reglas típicas, pues, el mismo autor nos dice que de otro modo el delito se torna puramente formal, anulándose el sentido práctico-operativo de la fórmula “peligro para la salud pública”, entonces no basta la sola infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, sino que se debe exigir que efectivamente esa desobediencia ponga en peligro la salud pública. El pretender sólo sancionar a quien no cumpla con las reglas higiénicas o de salubridad, que en el caso concreto no es más que según los hechos del requerimiento estar a bordo de un vehículo sin portar permiso o salvoconducto que lo habilitara para mantenerse en el lugar, ciertamente carece dicha conducta de ese “algo más” a que nos referimos en el párrafo anterior, máxime que, según el parte policial estaban al frente del domicilio del imputado López Soto, información ésta que se extrae del propio parte policial. Por otra parte, cómo podría darse la exigencia de “poner en riesgo la salud pública”, si el controlado no está contagiado, ni tampoco se verificó por la autoridad aquella posible circunstancia, lo que 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 por el delito de vagancia y mendicidad.

El argumento utilizado para el cambio de instrucción desde el punto de vista de la dogmática-jurídica pareciera incompleto desde que el bien jurídico cautelado por el artículo 318 bis es el mismo que el del artículo 318, esto es, la salud pública, reviviendo o mejor dicho aumentando las dudas respecto de la calificación de ambas figuras penales ya sea como delito de peligro abstracto o concreto.

El pretender sólo sancionar a quien no cumpla con las reglas higiénicas o de salubridad, que en los casos que se presentan en tribunales y por los que se judicializan las causas no son más que estar en la vía pública sin portar un permiso o un salvoconducto que habilite a una persona para mantenerse en un determinado lugar, ciertamente carece dicha conducta de ese “algo más” a que se refiere el profesor Fernando Londoño – más aún – que en todos y cada uno de los requerimientos que se han presentado por el ente persecutor, sólo se singularizan las resoluciones exentas que ha dictaminado la autoridad sanitaria, pero no se aportan mayores antecedentes que den cuenta de la forma como se realizan los controles, si es que las personas tuvieron la posibilidad de dar alguna explicación, si es que estas estaban con mascarilla o bien si tenían algún examen que diera cuenta de su estado de salud.

Resulta complejo la forma como el ente persecutor ha abordado el incumplimiento de las normas sanitarias, ya que en un principio asumió una fórmula de trabajo, estimando que se trataba de un delito de peligro concreto y con la modificación legal, de 20 de junio de 2020, por L.21.240 instruyó que se trataba de peligro abstracto. Lo que significó que ingresaran a nuestro sistema judicial más de 90.000 causas por requerimientos en procedimientos monitorios, todos iguales, sin mayores fundamentos y donde los parámetros de razonabilidad que están implícitos en nuestra legislación dependen finalmente de la discrecionalidad del persecutor, según sea incluso la fiscalía local de que se trate, sin que existan parámetros objetivos.

8.6).- Infracción al Principio de Proporcionalidad o prohibición de desproporción

El principio de proporcionalidad se encuentra implícito en nuestra Constitución Política, en virtud de la prohibición general de arbitrariedad que surge de los artículos 6, 7 y 19 N°2 en una interpretación sistemática y finalista, constituyendo una exigencia que deriva del estado de derecho.

De acuerdo a lo que propone don Humberto Nogueira Alcalá el principio de proporcionalidad comprende otros sub principios: el principio de finalidad, que atiende a la legitimidad del fin perseguido por la norma; el principio de adecuación, que establece el control de idoneidad de la norma y su consistencia y coherencia con el fin perseguido; el principio de necesidad que determina lo prescindible, determinando el peligro y la necesidad de que la norma legal produzca el menor daño posible, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que determina la racionalidad de la intervención, determinando el objeto de la intervención y el efecto que ella produce en el derecho.

8.6.1) El contenido esencial de los derechos

El límite de la capacidad del legislador de restringir los derechos de las personas, viene dado por el “*contenido esencial de los derechos*” como lo establece el artículo 19 N°26 y así, lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional. El legislador está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos y el objetivo del artículo 19 N°26 es limitar el poder que tiene atribuido el legislador por la propia Constitución.

El Tribunal Constitucional Chileno se ha pronunciado sobre el sentido y alcance del contenido esencial de los derechos, en Rol 43 de 24 de febrero de 1987, señalando “la esencia del derecho debemos conceptuarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se la prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.⁴⁵ Así, lo ha reiterado esta magistratura en diversos fallos “Que esta Magistratura ha venido sosteniendo consistentemente, que se afecta la esencia de un derecho cuando “se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible” (STC Rol N°43); “cuando la respectiva limitación

⁴⁵ STC ROL N°43 de 24 de febrero de 1987, considerando 20 y 21; y en el mismo sentido se pronuncian sentencias del TC ROL N°200, 226 y 280.

llegue a consistir en la “privación” del derecho (STC Rol N°226) y cuando se imponen tributos, requisitos o condiciones que hagan absolutamente ilusorio el ejercicio del mismo (STC Rol N°280).

En el caso de marras, resulta relevante el modo de concebir y configurar el derecho que le asisten a los requeridos – adolescentes de 16 años – en relación a los antecedentes aportados por el Ministerio Público para sustentar su pretensión punitiva; ya que como es posible advertir, los argumentos se fundan principalmente en:

- “1. Parte Policial N° 4200 de fecha 20 de junio de 2020, de la 21A COM.EST. CENTRAL y sus actas anexas.*
- 2. Declaración voluntaria del funcionario aprehensor WALTER ALONSO SÁNCHEZ NORAMBUENA de carabineros, domiciliado en ECUADOR N° 4050 comuna de ESTACION CENTRAL, prestada con fecha 20 de junio de 2020, ante carabineros*
- 3. Extracto de filiación y antecedentes de la requerida, el cual no registra anotaciones prontuariales pretéritas.*
- 4. Extracto de filiación y antecedentes del requerido, el cual no registra anotaciones prontuariales pretéritas.*
- 5. Acta de información de derechos a los detenidos y apercibimiento del artículo 26 del CPP.*
- 6. Resolución Exenta N° 322 de fecha 28 de abril de 2020 del Ministerio de Salud.*
- 7. Resolución Exenta N° 327 de fecha 06 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud.”*

De la presentación realizada por el ente persecutor sólo se hace mención a las Resoluciones Exenta N°322 y 327 que supuestamente no habrían cumplido los jóvenes; sin embargo, nada se dice si ellos tenían algún examen de PCR o bien estaban en la lista de las personas que figuraba en poder de los funcionarios de Carabineros como personas con PCR Positivo al Covid-19.

Efectivamente y como ya lo señalé en el punto 8.5) a propósito del principio de razonabilidad, existiría eventualmente infracción al principio de proporcionalidad, lo que implica vulnerar el derecho constitucional de igualdad ante la ley contemplado en el art. 19 N°2 de la CPR y también la garantía que protege los derechos mediante un procedimiento justo y racional contemplado en el art. 19 N°3 del citado cuerpo normativo, pues en mérito de la aplicación en el caso concreto de la norma contemplada del artículo 318 del Código Penal, no existiría una relación de equilibrio entre el castigo que se impondrá – una multa de 6 UTM a cada uno de los requeridos – y la conducta imputada a

la joven, y al otro adolescente, atendido que la misma norma no establece parámetros objetivos al momento de seleccionar la concreta sanción; y deja entregado finalmente el procedimiento a seguir a la discrecionalidad del ente persecutor; sin embargo, no aparece razonabilidad suficiente ni criterios objetivos en la norma citada que determine por qué aplicar la sanción de multa solicitada en este caso por el Ministerio Público, ya que la misma norma no fija ningún parámetro de justificación exigible al ente fiscal, lo que atenta contra el criterio mínimo de proporcionalidad.

Como ya lo expresara la Magistrada Andrea Díaz-Muñoz Bagolini en Requerimiento Rol 8950-20 de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (INA) respecto del artículo 318 CP, no se establecen criterios para determinar cómo y por qué se deberá aplicar la multa y por qué se debe aplicar la multa de 6 UTM que determinó la Fiscalía que significó que presentara requerimiento en procedimiento monitorio en contra de ambos requeridos en esta causa.

La falta de proporcionalidad implica que el órgano fiscal entonces pueda ejercer una potestad discrecional arbitraria ajeno a todo Estado de Derecho, pues no sólo determinó en este caso sin criterios de razonabilidad suficiente el monto de la multa,⁴⁵ considerando especialmente que en este caso se trata de menores de edad de 16 años, sino que no se consideró el criterio estandarizado que se ha replicado para los menores de edad en estas causas, que no tienen otros delitos asociados a la conducta.

Cabe señalar que los miles de requerimientos en procedimiento monitorio que el Ministerio Público ha presentado – para el caso de los adultos – ante los distintos Juzgados de Garantía del país, están estructurados en base a una plantilla; siendo todos iguales, donde se describen en forma general los hechos – y que corresponde a estar fuera del domicilio o en la vía pública sin contar con el permiso o salvoconducto. Sin embargo, nada se dice, de si se invocaron modificatorias de responsabilidad, la extensión del mal causado e incluso de cuál sería la necesidad de solicitar una sanción u otra, es decir, la discrecionalidad que va desde elegir – sin parámetros claros ni objetivos – aplicar una

⁴⁵ Rol 8950-20 INA Requerimiento presentado por Andrea Díaz-Muñoz Bagolini, Jueza Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, respecto del artículo 318 del CP, en el proceso penal RUC N°2000657462-K, RIT N°5595-2020, seguido ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

pena corporal o una pena de multa, respecto de personas que no son portadoras del virus Covid 19, pero que han incumplido una norma infra legal, una norma dictada por la autoridad sanitaria. Visto desde esa óptica, resulta necesario que exista un fundamento al momento de solicitar una determinada sanción, ya sea tanto para una multa, como para el *quantum* de la misma; y eso en la práctica no ocurre.

Esta Magistratura se ha pronunciado sobre los alcances del principio de proporcionalidad de acuerdo a la sentencias números 2658/2014, 1518/2009, 1584/2009 y 2022/2011. Por lo que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no resulta razonable ni existen criterios objetivos, que justifiquen que el Ministerio Público haya determinado la forma en que correspondió aplicar la sanción prevista en el artículo 318 del Código punitivo cuando dedujo su requerimiento en procedimiento monitorio; y en este caso, de 6 UTM a un adolescente y otras 6 UTM a su madre.

La falta de gradualidad en la aplicación de sanciones que entrega la Ley 21.240 al Ministerio Público quien puede con total liberalidad proponer una u otra sanción, ya sea una pena corporal o multa; y respecto de esta última sin otorgar estándares claros para determinar su cuantía como sucede en este caso en causa RIT, vulnera los principio de proporcionalidad y razonabilidad – sin que existan criterios objetivos y ponderados que permitan determinar la necesidad de por qué se ha propuesto una sanción u otra. Incluso hemos sido testigos – a través de la prensa – cómo en otras causas, por ejemplo RIT N°4817-2020, seguida ante el Undécimo Juzgado de Garantía de Santiago, se ha llegado a solicitar incluso medidas intrusivas, que distan totalmente de la naturaleza de las mismas, las que se han establecido para ilícitos que tienen asignada pena de crimen, existiendo actualmente en tramitación el Requerimiento 9373-20 INA – que también encuentra dentro de sus fundamentos la vulneración al principio de proporcionalidad.⁴⁶

⁴⁶ Rol 9373-20 INA Requerimiento presentado por Raúl Guzmán Uribe respecto del artículo 318, del Código Penal, en el proceso penal RUC N°2000682229-1, RIT N°4817-2020, seguido ante el Undécimo Juzgado de Garantía de Santiago.

En consecuencia, el artículo 318 del Código Penal, no establece los criterios o factores que el Ministerio Público debió considerar al momento de seleccionar la concreta sanción a solicitar en este caso, quedando entregado solamente a la discrecionalidad del fiscal, optar por la multa que se detalla en dicha norma y no sólo eso, sino que además se permitió a la Fiscalía determinar su cuantía sin obedecer a una gradualidad para su determinación; ya que en el caso del esta madre y su hijo, no se distingue, ni se rebaja la multa, tratándose del adolescente, si asumimos que a él, le corresponde se imponga un estatuto especial por ser menor de edad, debiendo estarse a lo que establece la Ley 20.084, la CDN y los cuerpos normativos internacionales ratificados por Chile. Es más, en el propio requerimiento monitorio no se indica por qué el MP solicitó dicha multa y no otra, ya que el mismo artículo 318 no establece dichos parámetros.

El artículo 318 impone en esta caso en concreto, una potestad discrecional arbitraria que no se compadece con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, que permitan fundamentar la decisión y luego señalar de manera lógica y precisa cuál es la razón del quantum de la sanción, cumpliendo así con los presupuestos de un debido proceso. El principio de proporcionalidad y, especialmente, el principio de proporcionalidad de las penas, se puede reconocer en nuestro ordenamiento constitucional, como garantía del derecho a un procedimiento y a una investigación racional y justa, establecido en el inciso sexto del 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, al menos implícitamente, en el derecho fundamental establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Esta disposición asegura a todas las personas: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, y, particularmente, en el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, como se afirma expresamente en el inciso sexto de dicho numeral.

Al respecto, la Excma. Corte Suprema en SCS Rol N° 5019-2006 ha señalado que la exigencia de proporcionalidad en la pena se relaciona con la igualdad en la aplicación del derecho: “El principio de igualdad en la determinación objetiva de la responsabilidad

penal, conforme al cual la sanción debe ser el resultado de la determinación de criterios generales, evitando distorsiones y tratamientos discriminatorios e injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones (...), ha de determinar la necesidad de un castigo proporcional y condigno con los hechos”. “En nuestro país se ha adoptado un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el ius puniendi estatal, sino que también proscribe el uso abusivo de la potestad punitiva” En línea con lo anterior, resulta cuestionable que la aplicación, en el caso concreto, del precepto legal impugnado, se ajuste al principio de proporcionalidad, en la medida en que este establece una prohibición de exceso en la reacción punitiva del Estado.

Incluso, es más, resulta paradójico si vemos como se solicitan las penas de multa por parte del persecutor en causas por lesiones leves del artículo 494 N°5 del Código Penal, para quien golpee a otro o bien para el caso de las amenazas con arma blanca que contempla el artículo 494 N°4 del citado cuerpo legal; ya que en estos casos, la ley establece penas que van desde una a cuatro UTM, sin embargo, la gran mayoría de estas causas terminan o con salidas alternativas o con penas de 1/3 de UTM y pena cumplida.

8.6.2) La proporcionalidad en relación al contenido esencial de los derechos

Cabe señalar, tratando el principio de la “Proporcionalidad” que la edad de los requeridos – 16 años – permite “marcar” de manera clara e inequívoca, los límites entre dos sistemas de responsabilidad penal bien diferenciados, el de adultos y el de jóvenes. Esto es definitivamente, una ventaja frente al criterio de las “cualidades” o “atributos” requeridos para la comprensión y acción respecto de las normas penales⁴⁷, por lo que no es atendible que se pretenda ignorar aquello por quien dirige la investigación.

El profesor Ignacio Covarrubias en relación al principio de proporcionalidad ha hecho interesantes estudios sobre el Test de Proporcionalidad y la adopción de la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto para el Tribunal Constitucional, en relación al contenido esencial de los derechos y reseña que es interesante constatar que para el Tribunal la garantía del art. 19 N°26 de la Carta – con test de proporcionalidad

⁴⁷ CHAN, Gustavo. “Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes”. Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil IV de la Defensoría Penal Pública N°13 (2013), pág. 44

de por medio – sigue desempeñando un rol crucial en la delimitación de las potestades públicas regulatorias o limitativas de los derechos fundamentales, como quiera que al adoptarse por la autoridad las medidas que estime conveniente para la satisfacción de necesidades públicas, aquellas no podrán someterlos a regulaciones, condiciones, tributos o requisitos que no respeten *“la esencia del derecho”* intervenido, *“lo sometan a exigencias que pueden hacerlo irrealizable”* (que *“impidan su libre ejercicio”*) o lo entraben *“más allá de lo razonable”*.⁴⁸

De esta forma, la sanción que se solicita y que se exige como un mínimo legal – aplicada en este caso a dos adolescentes – se vuelve irrealizable, atendido el monto y la cuantía de la multa contemplada en el artículo 318 del CP.

La conducta que establece el complemento infra legal del artículo en comento, se agrega la desproporción de la pena y la falta de certeza jurídica para la ciudadanía sobre el tipo de procedimiento que enfrentará, ya que al no existir ningún parámetro para la elección de la sanción aplicable, mismas conductas pueden verse amenazadas — según lo disponga el fiscal de turno — con penas de carácter pecuniario, sin ningún parámetro para la determinación de su cuantía, o con penas privativas de libertad.

Como se ha podido advertir, desde que se decretó el estado de excepción constitucional, a algunas personas se les formaliza, a otros se les requiere, a otros se le ofrecen salidas alternativas, para otros se piden medidas cautelares e incluso, se pretenden para otros medidas intrusivas, y en el caso de los adolescentes, han sido muchos los que se han visto beneficiados con la comunicación de Principios de Oportunidad o bien las decisiones de no inicio de investigación, porque se ha entendido que su conducta no compromete gravemente el interés público. Sin embargo en el caso presentado a este Tribunal Constitucional no ha ocurrido generándose un desbalance y una desproporcionalidad entre la condición especial de estos dos adolescentes y el resto de los jóvenes que se encuentran en igual condición que ellos.

⁴⁸ COVARRUBIAS, Ignacio, *“¿Emplea el Tribunal Constitucional el Test de Proporcionalidad?”*, Estudios Constitucionales. Universidad de Talca, Edición de Thompson Reuters, Año 12 N°1 (2014) pág. 211

Como ya se ha razonado entonces, queda completamente entregado al arbitrio del Ministerio Público, la decisión de adoptar uno u otro criterio, lo que puede generar una situación de gran desigualdad respecto de personas que se encuentran en una misma situación jurídica – infractores de una norma sanitaria – vulnerándose en consecuencia, la garantía de igualdad ante la ley, igualdad ante la justicia y las normas del debido proceso en relación con lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 inciso segundo y el artículo 19 N°3 incisos primero y sexto de la Constitución Política.

Al día de hoy, existen una serie de Requerimientos de Inaplicabilidad por inconstitucional presentados ante esta Magistratura respecto del artículo 318 del Código Penal, siendo un elemento común de todos ellos, la vulneración al principio de proporcionalidad: Rol 9212-2020, Rol 9294-2020 y Rol 9387-2020; además de los ya citados 8950-20 y 9373-20; de esta forma tiene una absoluta trascendencia el pronunciamiento que pueda realizar esta magistratura respecto del artículo 318 del Código Penal en este caso, ya que dicha norma será aplicada o no, según lo resuelva este Excmo. Tribunal en la causa seguida ante el Sexto Juzgado de Garantía de Santiago.

Por lo antes expuesto, y teniendo presente lo que disponen los artículos 1, 5, 19 números 2 y 3, 92 y 93 número 6 de la Constitución Política de la República de Chile y artículos 79 y siguientes de la ley 19.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicito a este Excmo. Tribunal Constitucional tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente en causa seguida ante este Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, en contra de los requeridos menores de edad ; ambos con 16 años de edad a la fecha, por el delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal, admitirlo a tramitación y en definitiva pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo mencionado en relación a los artículos 1 y 19 números 2 y 3 de la Constitución Política de la República de Chile.

PRIMER OTROSI: Sirvase tener por acompañado SS. Excma. los siguientes antecedentes:

- 1.- Copia del requerimiento en procedimiento monitorio interpuesto gestión pendiente en causa seguida ante el Sexto Juzgado de Garantía de Santiago.
- 2.- Copia de la resolución de fecha 14 de agosto de 2020 que rechaza procedimiento monitorio y fija audiencia de procedimiento simplificado.
- 3.- Copia del certificado expedido por el Ministro de Fe de este Tribunal que da cuenta de la identidad de los intervinientes en esta causa y de la gestión pendiente existente en el Sexto Juzgado de Garantía de Santiago.
- 4.- Copia de Acta de audiencia de fecha 15 de septiembre de 2020 que dirigió esta Juez.

SEGUNDO OTROSÍ: De conformidad al artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional y considerando que el caso que incide en causa del Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, encontrándose pendiente la audiencia de preparación de juicio oral simplificado, solicito a SS. Excma. decretar la suspensión de dicho procedimiento seguido ante el Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, salvo mejor parecer de VS. Excma.

Vania Del Pilar Boutaud Mejias
Juez Titular
Sexto Juzgado de Garantía de Santiago