



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 8950-2020

[5 de enero de 2021]

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

ANDREA DÍAZ-MUÑOZ BAGOLINI, JUEZA TITULAR DEL CUARTO
JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO

EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2000657462-K, RIT N° 5595-2020,
SEGUIDO ANTE EL CUARTO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO

VISTOS:

Con fecha 14 de julio de 2020, Andrea Díaz-Muñoz Bagolini, Jueza Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 2000657462-K, RIT N° 5595-2020, seguido ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.



Precepto legal cuya aplicación se impugna:

“Código Penal

(...)

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

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

Explica la jueza requirente que se sigue proceso penal bajo el RUC N° 2000657462-K, RIT N° 5595-2020, ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago. Señala que el 10 de julio de 2020 el Fiscal Wally Schuster Jaramillo, de la Fiscalía Local de Las Condes, del Ministerio Público, presentó requerimiento en procedimiento monitorio en contra de Víctor Soto Díaz, por el delito previsto en el artículo 318 del Código Penal.

Según los hechos que se le imputan al señor Soto, habría sido sorprendido por Carabineros de Chile circulando en Avenida Ossa con Avenida Larraín, comuna de La Reina, el día 25 de junio de 2020, no contando con permiso temporal, infringiendo las medidas sanitarias decretadas por el Ministerio de Salud que disponen cuarentena obligatoria, en el marco del Estado Constitucional de Catástrofe dispuesto por el



Presidente de la República. Los hechos imputados, se lee a fojas 3 y 4, son los siguientes:

“El día 25 de junio de 2020, alrededor de las 12:39 horas, el requerido VÍCTOR MANUEL SOTO DÍAZ, ya individualizado, fue sorprendido por funcionarios de Carabineros de Chile, circulando en la vía pública, específicamente en Avenida Ossa con avenida Larrain, La Reina, no manteniendo permiso temporal o permiso único colectivo que lo habilite para ello, infringiendo de esta forma la Resolución Exenta N°373, de fecha 20 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud, que decretó diversas Medidas Sanitarias por Brote de Covid-19, en particular dispuso que los habitantes de las comunas de la Provincia de Santiago deban permanecer en aislamiento o cuarentena, es decir, en sus domicilios habituales a partir de las 22:00 horas del día 22 de mayo de 2020, y por el plazo 7 días, medida prorrogada por la Resolución Exenta 396 de fecha 27 de mayo de 2020, medida prorrogada por la Resolución Exenta 417 de 03 de junio de 2020, Resolución Exenta 448 de 10 de junio de 2020, Resolución Exenta 467 de 17 de junio de 2020, Resolución Exenta 479 de 26 de junio de 2020 y Resolución Exenta 504 de 01 de julio de 2020 con vigencia hasta el 10 de julio de 2020, todas dictadas en el marco del DS N° 104 del Ministerio del Interior de fecha 18 de marzo de 2020, prorrogado por el DS N° 269 de fecha 12 de junio de 2020, que declara Estado de Excepción Constitucional de catástrofe por Calamidad Pública en todo el territorio nacional, poniendo de esta forma en peligro la salud pública en tiempo de catástrofe, epidemia y contagio.”.

Se propuso por el Ministerio Público la imposición de una multa de 6 UTM correspondientes al mes de junio de 2020.

Remitido el requerimiento en procedimiento monitorio, el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago resolvió que no estaba suficientemente fundado, por cuanto, conforme los hechos descritos por el Ministerio Público al fundar la imputación, explica la jueza requirente de inaplicabilidad *“no permiten tener por configurado el ilícito en que se funda el requerimiento, atendido que no se describe por qué la conducta descrita puso en peligro la salud pública en tiempo de catástrofe, epidemia y contagio”.* Por ello se resolvió que no podía procederse en procedimiento monitorio, citando a los intervinientes a audiencia en procedimiento simplificado para el día 21 de octubre de 2020, por plataforma zoom.

De acuerdo a la actora de inaplicabilidad, la aplicación del artículo 318 del Código Penal podría infringir el artículo 19 N°s 2 y 3, de la Constitución, en tanto



se atentaría, en el caso concreto, contra de los principios de proporcionalidad y legalidad, así como la igualdad ante la ley. Explica que no existiría una relación de equilibrio entre el castigo que se impondrá y la conducta que se imputa al señor Soto, puesto que el referido artículo 318 no entrega parámetros objetivos para seleccionar la sanción concreta. En este caso el Ministerio Público optó por solicitar pena de 6 UTM, y si se hubiere propuesto 7 UTM como sanción, desde el comienzo debió haberse requerido en procedimiento simplificado y no en monitorio.

Lo anterior, indica, es una potestad discrecional amplia, ajena al Estado de Derecho chileno y que, peor aún, en el requerimiento presentado, no fueron explicitados antecedentes como circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, y otros parámetros que permitan explicar la actuación del Ministerio Público.

Así, señala que 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 al solo arbitrio del ente 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 parámetros objetivos para su determinación.

Añade que, junto con lo anterior, se afecta el principio de legalidad que prevé el artículo 19 N° 3, incisos octavo y noveno, de la Constitución. Señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido que el principio de legalidad abarca no sólo un límite formal que implica que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas, sino también comprende un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona. Se exige desde la Constitución que la conducta a la que se ha atribuido una sanción que será aplicada al imputado se encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal, de manera que haya tenido una suficiente noticia previa acerca de la conducta que le resultaba exigible, lo que no sucedería en la especie, dado que el propio requerimiento que el Ministerio Público presentó contra el imputado, mencionaría normas de rango reglamentario como infringidas, no legales.



Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 21 de julio de 2020, a fojas 34, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

A fojas 31, con fecha 20 de julio de 2020, se hizo parte la Defensoría Penal Pública, en representación del imputado de la gestión pendiente, señor Víctor Soto Díaz. A fojas 49, el día 31 del mismo mes y año, evacúa traslado y formula consideraciones respecto del asunto sometido al conocimiento y resolución del Tribunal.

Explica que la distinción entre leyes penales en blanco propias e impropias es relevante, dado que deben ser entendidas las primeras como aquellas que se remiten para la descripción de la conducta punible, a un ordenamiento jurídico de inferior jerarquía que la ley, por lo general, a disposiciones de carácter administrativo, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus organismos dependientes. Lo relevante de la clasificación se encuentra en la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias.

Así, explica, siguiendo lo resuelto por este Tribunal, que 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 infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez”*.

Añade que el artículo 318 del Código Penal deja el núcleo de la conducta abandonado a una regla infralegal al no indicar los datos que nos permitan desprender, de su sola lectura, los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva que se sanciona. Por ello, la doctrina 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.

Agrega que, 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



el núcleo esencial de la conducta a una norma de rango infralegal 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.

Por lo tanto, refiere que se reconduce el núcleo esencial de la norma penal a cuerpos normativos de rango infralegal, dado el carácter del Decreto N°4 del Ministerio de Salud de 4 de febrero de 2020, con sus modificaciones incorporadas por el Decreto N°19, de 6 de junio de 2020.

Siguiendo esta misma línea argumental, explica que la doctrina nacional ya ha comenzado a cuestionar la constitucionalidad de la norma impugnada. Así, se ha indicado que se trata de una norma penal en blanco propia, que necesita remitirse a otra norma para ser complementada, pero una norma penal que no tiene descrita la conducta, pues la expresión “poner en peligro la salud pública” hace referencia al resultado que se produce.

Esto es problemático, señala la Defensoría Penal Pública, ya que, consecuentemente, la conducta a la que hace referencia es indeterminada y puede tener múltiples formas en razón de los reglamentos higiénicos y sus modificaciones. Incluso, más que hablar de una norma con una conducta indeterminada, nos encontramos con 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, es 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 Constitución.

En resolución de fecha 4 de agosto de 2020, a fojas 55, el requerimiento se declaró admisible, confiriéndose traslados de fondo.

Se hizo parte el Ministerio Público a fojas 40, con fecha 30 de julio de 2020, y posteriormente, el día 24 de agosto de 2020, a fojas 63, evacuó traslado de fondo y solicitó el rechazo del requerimiento

Indica que los preceptos penales que establecen sanciones no contienen parámetros de determinación de la pena, ni les es exigible que los contengan. Al efecto,



a vía ejemplar, que un delito como el robo con violencia, que se castiga en el artículo 436 del Código Penal con una pena que va desde el presidio mayor en grado mínimo a máximo, esto es, desde los cinco años y un día a los veinte años, no contiene parámetro alguno para que el Fiscal en su caso requiera dentro de ese amplio espectro una pena en particular, lo que no la hace contraria a la Constitución, puesto que las reglas de determinación de las penas se encuentran en otro lugar del mismo Código.

Señala que el precepto cuestionado establece una pena de presidio o pena, estableciendo penas alternativas, como lo hace el Código Penal en otros casos. Luego, tienen plena las aludidas reglas del Código Penal, entre otras, la del inciso primero del artículo 68 de dicho cuerpo legal, respecto a las formas de determinar la pena.

En cuanto a las multas, argumenta que lo propio acontece con la regla del artículo 70 del Código Penal, regla que ha quedado fuera del análisis que se hace en el requerimiento. Sin perjuicio de lo anterior, un examen concreto en torno al principio de proporcionalidad y la igualdad ante la ley, debe considerar que en el caso concreto se ha solicitado por el Ministerio Público el mínimo de las penas posibles, esto es, multa de 6 unidades tributarias mensuales, lo que evidencia que se formula una crítica abstracta y teórica, ajena al control concreto de constitucionalidad.

Hace presente que el Ministerio Público está dotado de autonomía constitucional para ejercer en su caso una acusación y requerir una pena, pero es finalmente el Tribunal competente el que está dotado de facultades para imponerla.

Explica que no se comprende la alegación de una supuesta desproporción o arbitrariedad en la latitud con que pudo el acusador estatal acudir a un procedimiento monitorio o a simplificado, puesto que el Juez de Garantía puede desestimar el juicio monitorio y someter el asunto a uno simplificado, como lo señala el artículo 392 del Código Procesal Penal, lo que ha sucedido en el caso concreto, por decisión del Tribunal.

Indica que la regla que decide el procedimiento aplicable unido a la pena requerida no es el artículo 318 del Código Penal, sino que el artículo 390 del Código Procesal Penal, no objetado.

En lo concerniente a la alegación de que se trataría de una ley penal en blanco, señala que resultan constitucionalmente admisibles, siguiendo la jurisprudencia de esta Magistratura, las leyes cuya remisión para describir la conducta punible se



encuentra en otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, así como aquellas que señalen expresamente la norma de remisión, aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo esencial de la conducta, jurisprudencia asentada desde causa Rol N° 24, de 1983.

Por lo anterior, argumenta que el artículo 318 del Código Penal cumple el mandato de taxatividad establecido en la Constitución. Contempla un verbo rector que consiste en la prohibición de infringir reglas higiénicas o de salubridad, poniendo con ello en riesgo el bien jurídico protegido por la disposición, esto es, la salud pública. Luego, la norma no sólo echa mano de esa referencia, sino que agrega dos condiciones que circunscriben el ámbito en que el injusto debe materializarse. En primer lugar, exige que se trate de reglas (higiénicas o de salubridad) debidamente publicadas por la autoridad y, en segundo término, establece un ámbito acotado de aplicación de la prohibición, esto es, que ocurra en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con lo que queda claro que la exigencia de taxatividad está cumplida, estando la conducta está acotada y rodeada de exigencias de publicidad previstas expresamente.

Añade que hay un reenvío a las reglas que dicte la autoridad, sin embargo, el núcleo de la conducta está descrita y acotada en el precepto legal, por todos los elementos ya descritos.

En ese marco, agrega que, si se lee el requerimiento monitorio presentado en la gestión pendiente, el Ministerio Público hace alusión a diversas resoluciones exentas dictadas por el Ministerio de Salud, todas de 2020, que contienen, variadas medidas sanitarias dispuestas por la cartera del ramo en relación con el brote de Covid-19, y que corresponden a las restricciones de desplazamiento en comunas que han sido declaradas en cuarentena.

Dichas resoluciones encuentran sustento en los Decretos Supremos N°s 104 y 269 del Ministerio del Interior, que declaran Estado de Excepción Constitucional de catástrofe por calamidad pública en todo el territorio nacional.

Estas resoluciones exentas, anota el Ministerio Público, contienen las reglas dispuestas por el Ministerio de Salud para hacer frente al virus Covid-19, y recogen medidas o disposiciones sanitarias e higiénicas establecidas en el Código Sanitario, particularmente aquellas comprendidas en su Título II, denominado “De las Enfermedades Transmisibles”, artículos 20 y siguientes, donde se contienen, entre



otras, las medidas de aislamiento como una forma de frenar el contagio. En razón de lo anterior, la alegación planteada de que el comportamiento incumpliría los parámetros constitucionales de taxatividad, debe ser rechazada.

Finalmente, explica que la ciudadanía en general y, en particular, el imputado, conoció la prohibición consistente en desplazarse por aquellas comunas declaradas por la autoridad sanitaria en cuarentena, con el hecho de que las resoluciones exentas fueron publicadas en el Diario Oficial, pero dicha prohibición ha sido, además, transmitida a través de los medios de comunicación social como una forma de detener el contagio de la pandemia que, por lo que concretamente el desconocimiento de las reglas por falta de publicidad, debe ser desestimada.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 10 de septiembre de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos, por vía remota, del abogado de la Defensoría Penal Pública Claudio Fierro Morales, y del abogado Manuel Guerra Fuenzalida, por el Ministerio Público. Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, conforme se lee en la parte expositiva de esta sentencia, en el presente requerimiento de inaplicabilidad se impugna -por el tribunal de la causa *sub lite*- la constitucionalidad del artículo 318 del Código Penal, por dos géneros de razones: una, porque constituiría una ley penal en blanco, al remitir su determinación a reglas de higiene o de salubridad adoptadas por la autoridad administrativa del ramo; la otra, porque no existiría una relación de equilibrio o proporcionalidad entre la conducta que describe y el castigo que obliga a imponer.

La norma penal objetada reza así, en su inciso primero: *“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”*.



La regla administrativa que se dice infringida en el proceso penal en curso, es la contenida en la Resolución exenta N° 373, del Ministro de Salud, de 2020, donde se dispone la medida de aislamiento o cuarentena, por el período que indica, a raíz del brote mundial del virus denominado covid-19;

SEGUNDO: Que, con arreglo al quórum para decidir prescrito en el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental, la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional resuelven en esta oportunidad y conforme a los antecedentes que reporta el caso concreto puesto en su conocimiento, que la aplicación del artículo 318 del Código Penal resulta inconforme con las garantías del artículo 19, N°s 2 y 3, constitucionales, en razón de su falta de proporcionalidad al contemplar como sanción una pena privativa de libertad.

Coincidiendo en lo esencial a este respecto, sin embargo, las argumentaciones se darán enseguida por separado, atendidos los matices que el tema les sugiere a los Ministros que concurren a suscribir la presente sentencia.

I. RAZONAMIENTO DE LOS MINISTROS SEÑORES IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD DE LA FRASE “PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO A MEDIO O”, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

1º) Que el artículo 318 del Código Penal no puede ser catalogado como una “ley en blanco”, entendiéndose por tal aquella que delega a un reglamento describir la conducta delictiva. En este caso la ley penal, en vez de remitir o enviar esta materia a una norma infralegal, invierte esa dirección y asume o toma para sí el resguardo de determinados actos de la autoridad sanitaria, cuya infracción puede “amenazar” o “poner en peligro” -he ahí su verbo rector- la salud pública.

Esto en cuanto al principio de legalidad. En cuanto al principio de tipicidad, este resulta indemne si el artículo 318 no se emplea para penar indiscriminadamente toda infracción a cualquier medida ministerial de índole sanitaria, por amplia que



ésta sea, sino únicamente aquellas contravenciones expresamente señaladas en la ley a que acceden dichos actos administrativos. Cuyo es el caso del incumplimiento al aislamiento por quienes se encuentren en la situación descrita en los artículos 22 y 26 del Código Sanitario.

Naturalmente, determinar si se han configurado los ilícitos descritos en estas normas, en el caso sub lite, corresponde exclusivamente a los jueces del fondo;

2º) Que, sin embargo, en esta sede sí cabe afirmar que el artículo 318 del Código Penal no respeta el principio constitucional de proporcionalidad, al sancionar la conducta tipificada “con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

En una primera aproximación, supuesto que el artículo 318 no hace una delegación a la autoridad administrativa para que tipifique la conducta, sino que manda al juez penal la avocación de su sanción, podría pensarse que este traslado lo ha sido con el propósito de que se pueda aplicar una pena privativa de libertad, misma que a los órganos administrativos no les es posible imponer.

Recordándose que, precisamente en virtud de este último criterio, es que la Ley N° 20.724, del año 2014, y sobre la base de lo razonado en STC Rol N° 1518-09, derogó la pena de prisión que contemplaba el artículo 169 del Código Sanitario, quedando únicamente la multa como sanción por las infracciones de sus disposiciones (artículo 174);

3º) Que, del hecho que se haya apropiado a los jueces penales para sancionar las infracciones al Código Sanitario, cuyas normas ejecutan los actos administrativos adoptados por la autoridad sanitaria, no se sigue necesariamente que quepa infligir una pena privativa de libertad.

El que la inobservancia a estas medidas sanitarias deba tener lugar “en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”, no añade una gravedad que justifique la pena de presidio. Menos cuando la contravención a los toques de queda u otras restricciones a la libertad de tránsito dispuestas en virtud del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, imperante raíz del brote de COVID-19, a lo más, puede derivar en la imposición de una multa acorde con el artículo 495 del Código Penal (el DS N° 104, de Interior, de 2020, facultó a los Jefes de la Defensa Nacional para “controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe y el tránsito en ella”, en



su artículo 3° y en relación con los artículos 19, N° 7, letra a) y 43, inciso tercero, de la Carta Fundamental);

4°) Que, a mayor abundamiento, desafía toda racionalidad el hecho que el artículo 318 permita aplicar la pena de presidio, cuando, por las mismas circunstancias, la Ley N° 21.228 ha otorgado un indulto general conmutativo a las personas que se encontraban privadas de libertad, con el objetivo de evitar precisamente el contagio intra carcelario del indicado virus.

No atenúa tal amenaza de incoherencia y desproporción, la posibilidad de que el tribunal de la causa, con posterioridad, estime procedente sustituir la sanción de presidio por la de reclusión en el domicilio del condenado, al amparo del artículo 7° de la Ley N° 18.216, habida cuenta que ello -aún de concretarse- no tiene la virtud de sanear la inconstitucionalidad anotada;

5°) Que, amén que no se han aportado antecedentes que justifiquen considerar la pena de presidio como un medio necesario para salvaguardar la salud pública, todo indica que dicho castigo deviene excesivo o desproporcionado, al no guardar racionalidad ni proporción con la conducta realizada por el escarmentado.

Para efectuar un examen de racionalidad de la norma, y así determinar si ésta se aviene con el artículo 19 N° 2 constitucional, es necesario identificar la finalidad tenida en cuenta por el legislador al crear el castigo, la diferencia concreta de trato establecida por éste, y cuál es el criterio de diferenciación que provoca con su decisión, vale decir por qué dispone en este caso la sanción de presidio a unos y a otros no (STC Rol N° 2935-2015, c. 35° y ss., y Rol N° 4317-2018, c. 82° y ss.).

Efectuado esto se concluirá que no existe la debida racionalidad entre estos tres elementos;

6°) Que, en cuanto al primero, es lo cierto que en el génesis de la norma (Código Penal original) no existen fundamentos, ni ahora se han aportado antecedentes, que ameriten considerar la pena de presidio como un medio para salvaguardar la salud pública. En cuanto al segundo elemento, la diferencia concreta consiste en la posibilidad cierta de que un sujeto sea privado de libertad y en otros casos no (tal como no ocurre en el artículo 174 del Código Sanitario ni en los artículos 495 y 496 del Código Penal).



Por último, el criterio de diferenciación depende de la apreciación de las circunstancias que, en un primer momento, efectúe el órgano administrativo respecto de los hechos infraccionales o delictivos;

7º) Que, corresponde ahora referirse a la relación que existe entre las finalidades de la diferencia establecida por el legislador, y los criterios o factores de diferenciación que ha elegido para establecer dicha diferencia. Más allá de que la finalidad que pretendidamente tuvo el legislador para sancionar estas conductas con presidio no se cumpla a través del medio empleado para ello, resulta inentendible que, si la finalidad declarada es resguardar la salud pública, se permita que los sujetos que realizan las mismas conductas no sean amenazados con la pena de presidio.

Esta desavenencia entre la conducta y sanción en el precepto impugnado, proviene del trasplante que se hizo desde el artículo 485 N° 6 del Código Penal español de 1848, ubicado en el Libro Tercero, “De las faltas”. A saber, la disposición normativa ibérica, vigente en ese entonces, amenazaba a quienes “infringieren las reglas higiénicas ó de salubridad, acordadas por la autoridad en tiempo de epidemia ó de contagio”, con la pena de “arresto de cinco á quince ó una multa de 5 á 15 duros”. Mientras que aquí la conducta se sancionó, originalmente, con “reclusión menor en sus grados mínimo a medio”, lo que implicó elevar el rigor del castigo al delito, hasta llegar a penarlo hoy con “presidio menor en sus grados mínimo a medio”.

De donde se deduce que el legislador chileno de la época mutó la ubicación y elevó la pena con la que se debe castigar al, aquí, delincuente. Efectuó lo anterior cometiendo una diferencia injustificada, y por ello arbitraria, al facultar a distintos órganos administrativos, sin parámetros objetivos mediante, a optar porque se sancione la misma conducta ya sea con una multa penal o administrativa o bien con una pena privativa de libertad, lo que a todas luces resulta inaplicable por inconstitucional.

Razón por la cual se declarará que la frase “presidio menor en su grado mínimo a medio o”, consignada en el artículo 318 del Código Penal, resulta contraria a los artículos 19, N°s 2 y 3, párrafos sexto y noveno, de la Carta Fundamental.



II. RAZONAMIENTO DE LOS MINISTROS SEÑORES CRISTIÁN LETELIER AGUILAR Y RODRIGO PICA FLORES PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

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

2°. En efecto, el art. 19, N° 3, inciso noveno, al consagrar el principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad y su cumplimiento exige que sea el legislador quien formule los tipos penales y que ello se haga de manera precisa y determinada, concluyéndose que existe un límite formal al establecer que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas y, por otra parte, un límite material al exigir que la ley describa expresa, clara y comprensiblemente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona. (Ver roles N°s 24 c. 5; 306 c. 9; 468 c. 12; 559 c. 12; 781 c. 7; 1011 c. 4; 1351 c. 23; 1352 c. 23; 1432 c. 26; 1443 c. 23; 2615 c. 27; 2744 c. 8; 2846 c. 14 y 2953 c. 10).

3°. A su vez debe tenerse presente la diferencia y la interrelación recíproca entre los principios de legalidad y de tipicidad en materia penal. En este sentido, el segundo tiene un contenido propio, en tanto opera como una de las concreciones del primero. En este orden, el principio de legalidad satisface un estándar, cual es la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en una norma que tenga el rango y la fuerza de ley, además de ser derecho legislado en el sentido formal. Por su parte, la garantía de tipicidad requiere, para ser satisfecha, la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta (ver roles N°s 244 c. 10; 480 c. 5; 2666 c. 27; 2744 c. 29; 2953 c. 28). Por otra parte, el principio de tipicidad exige que el legislador haya



realizado *“la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito”* (Cury, Derecho Penal, Tomo I, p.229), de esta forma siguiendo a Zaffaroni, Muñoz Conde y Cury, el delito, ya tipificado, puede ser entendido como *“la infracción de un deber ético social fundamental”* (Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Cuarta edición, 2007, Editorial Jurídica de Chile, p. 58).

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

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

6°. Acerca de las leyes penales en blanco mucho se ha dicho y escrito, admitiendo diversas clasificaciones, dentro de las cuales resulta relevante la que alude a las leyes penales en blanco propias, propiamente tales o en sentido estricto, entendidas como aquellas en las cuales alguno de los elementos del tipo no se encuentra en la ley, sino que la misma se remite a una norma de rango infralegal que termina de completar y delimitar la descripción del tipo, que no es completa ni suficiente, pasando entonces la persecución penal a ser administrada por el poder



ejecutivo mediante la dictación de dichas normas administrativas infralegales que amplían o restringen el campo de lo punible al determinar el contenido final del tipo.

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

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

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



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

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

- Que sea publicado en el Diario Oficial

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

11°. En este sentido, cabe observar las siguientes cuestiones acerca del precepto cuestionado:

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

- El tipo se complementa por “reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad”, sin señalar específicamente a un reglamento y determinando que tales “reglas” se pueden entonces contener en instrumentos jurídico administrativos de cualquier tipo, incluida una simple resolución exenta, agregándose que el alcance territorial de las mismas no ha sido general, pues las medidas sanitarias de pandemia han sido administradas por comunas, lo que determina que el complemento no es de carácter general ni menos abstracto, a lo que se suma que han sido comunicadas por vías radicalmente distintas heterodoxas, como los matinales de tv, cadenas nacionales, páginas web, etc., nada de lo cual aparece como un sucedáneo permitido de la publicación en el Diario Oficial para el sistema de fuentes, a lo cual se



agrega que las reglas se modifican en cuestión de días para cada comuna, haciendo virtualmente imposible conocer las de una provincia completa para el ciudadano. La garantía de la *lex certa* se ve así degradada a lo que podría llamarse como la resolución exenta incierta.

- El delito se comete “en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”, quedando vagamente delimitado su horizonte temporal y contextual, pues “tiempo de catástrofe” es una referencia amplia distinta al Estado Constitucional de Excepción referido a catástrofe, que entonces no está definida ni delimitada. Además, la referencia a “tiempo de epidemia” o “tiempo de contagio” nada delimita, pues, por ejemplo, todos los años existe la temporada de influenza, resfrío común y virus sincicial, además de que el mundo se encuentra en “tiempo de contagio” de algunos males de salud hace décadas, como lo es por ejemplo el VIH, y todo ello constituye efectivamente un peligro para la salud pública.

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

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

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

15°. Finalmente, sin perjuicio de lo razonado en el presente voto, no deben olvidarse tampoco las atribuciones de los tribunales del fondo para conocer y resolver



acerca de lo apegado a la ley o lo antijurídico que resulte usar la infracción a una resolución exenta como título para formular imputaciones penales, lo cual podrá traducirse además en una cuestión de validez de actos y resoluciones del proceso penal.

III. RAZONAMIENTO Y ARGUMENTACIÓN DEL MINISTRO SEÑOR NELSON POZO SILVA PARA DECLARAR LA INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

I.- GENERALIDADES

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

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

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



legitimidad, también se ha criticado la merma de garantías que supone el recurso legislativo a los delitos de peligro;

II.- MÉTODO DE COMPRENSIÓN DEL DILEMA

4º. Que debemos recurrir a Bobbio, a “efectos de comprender el dilema interpuesto en el presente proceso, en cuanto a requerir preguntas claras y respuestas coherentes entre si acerca de cuestiones como en qué consiste el fenómeno del derecho, qué significa estar obligado, o tener una responsabilidad, o ser capaz, competente o imputable en relación con determinado acto;...lo que requiere, por supuesto, una hipótesis sustentable acerca de la identificación de tales objetivos (cit D. Mendonca y R.A. Guiborg, La odisea constitucional. Constitución, teoría y método, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 16).

Complementando lo expuesto el Tribunal Constitucional español, ha dicho:

“En relación con la incorporación de elementos normativos al tipo penal, el Tribunal ha afirmado en reiteradas ocasiones que esta posibilidad es conciliable con los postulados relativos a la utilización legislativa y aplicación judicial de las leyes penales en blanco siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) El reenvío normativo debe ser expreso y debe justificarse en razón del bien jurídico protegido por la norma penal.
- b) La Ley debe contener el núcleo esencial de la prohibición y gozar de certeza.”

Y argumenta esa Magistratura (STC 62/1982, FJ 7), que “el principio de tipicidad (...) está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica y es cierto también que el legislador para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos”. Igualmente, “es posible la incorporación al tipo de elementos normativos” (STC 62/1982) y “es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las leyes penales en blanco” (STC 111/1993, FJ 6).

Que concluye el citado Tribunal Constitucional al declarar “que la exigencia de determinación que forma parte del contenido de este principio no impide que el



tipo penal incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación siempre que los mismos respondan a bienes protegidos y concurren los requisitos expuestos: “ha de tenerse en cuenta [...] que esta exigencia de determinación estricta y precisa de la conducta constitutiva de delito no supone que sólo sea constitucionalmente admisible ‘la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos’ (SSTC 127/1990 y 118/1992);

III.- CUESTIONES CONSTITUCIONALES

5°. Que cabe advertir que la expresión “norma inconstitucional” resulta especialmente multívoca en el sentido que con ella se alude a situaciones diversas, comprendiendo variadas incompatibilidades respecto de la Constitución: incompatibilidad lógica o contradicción, incompatibilidad axiológica, incompatibilidad pragmática, incompatibilidad fáctica e incompatibilidad formal;

6°. Que, en la especie, la incompatibilidad fáctica o inadecuación implica en sí misma la producción de ciertas normas legales al acaecimiento de determinadas circunstancias fácticas. De ese modo, tales normas constitucionales condicionan la promulgación de ciertas normas legales a la ocurrencia de singulares y específicas circunstancias de hecho. En el supuesto de que las normas en cuestión fueran promulgadas sin que las condiciones exigidas estuvieran satisfechas, las normas así promulgadas serían inconstitucionales -leyes penales en blanco propias- por inadecuación respecto del contenido constitucional, en cuanto a los presupuestos fácticos requeridos para su producción;

IV.- LEY PENAL EN BLANCO PROPIA

7°. Que la dogmática (Edmund Mezger) considera que es posible hablar de tipos en blanco. En efecto, ese jurista clasificó las leyes (tipos) en blanco, distinguiéndolas en propias e impropias. “La ley en blanco impropia es aquella que confía la complementación de su precepto a otra disposición contenida en ella misma o a otra ley, “emanada de la misma instancia legislativa”; las propias, en cambio, son las que abandonan la facultad de complementarlas a una disposición “emanada de otra instancia legislativa”, es decir, de una instancia legislativa de jerarquía inferior a



la de la ley formal” (Enrique Cury, La Ley Penal en Blanco, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1988, p.27);

8°. Que lo relevante lo constituye el origen de la norma complementaria. Ese complemento es siempre parte integrante del tipo y cumple las mismas funciones en lo concerniente a su significación como fundamento de antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal.

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

9°. Que no cabe duda que de algún modo las leyes penales en blanco atentan contra el “*nulla poena sine lege scripta*”, sin embargo, la duda surge de manera abierta en aquellas leyes penales en blanco propias, esto es, en la utilización de instancias legislativas de jerarquía inferior a la ley, pues aquellas serían verdaderos agravios al artículo 19 N° 3, inciso final, del Código Político, que obliga que la descripción de la conducta a sancionar aparezca expresamente descrita en la ley (principio de taxatividad penal);

10°. Que redundando en un serio problema la opción de admisibilidad de los tipos en blanco, puesto que ya en el año 1982, en Friburgo de Brisgovia, Alemania, en un Coloquio Internacional de Derecho penal organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, el cual versó sobre “Concepción y principios de Derecho Penal Económico y de los Negocios”, se adoptó un pronunciamiento en el sentido que en materia de especificación de requisitos de las leyes penales se debía asegurar el respeto al principio de reserva, lo cual implicaba que en derecho comparado se ha tomado conciencia de los problemas suscitados por las leyes en blanco respecto a su admisibilidad constitucional, pues ello significaría atentar contra el citado principio de “*nulla poena sine lege scripta*”;

V.- DELITOS DE PELIGRO

11°. Que para calificar una conducta como peligrosa, desde una perspectiva jurídico-penal, habrá que verificar la probabilidad de lesión, en el caso concreto,



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

12°. Que, si la lesividad de los delitos de peligro se confirma mediante la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, debe decirse, a efectos de ser coherente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que en tal desvalor debe estar implícito el análisis “*ex ante*” de la peligrosidad real al bien jurídico, esto es, creación de riesgo potencial que amerite el adelantamiento de la esfera de protección encomiable con una sanción penal.

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

13°. Que cuando los juristas hablan de la “**necesidad de ofensividad**” se refieren a una condición imprescindible para apreciar una infracción penal: que la conducta de una persona o un grupo haya dañado o puesto gravemente en peligro el bien o interés que la ley, mediante amenaza, quería proteger (haya “ofendido”). Si no se exigiera una condición de esa clase, que es de carácter objetivo, se castigaría por igual, por ejemplo, un intento de lesionar “viable” y otro absolutamente inviable. Las conductas que se castigan no reciben ese castigo solamente porque estaban prohibidas, sino porque además hacían daño. De no ser así, lo único que explicaría la razón de ser de las leyes punitivas sería el principio de autoridad, y eso, en un Estado



de Derecho “democrático”, es inadmisibles, tanto para el derecho penal como para el Derecho sancionador administrativo y, en el Derecho constitucional;

14°. Que una parte importante del debate en torno a la aplicación del artículo 318 del Código Penal en un el contexto de pandemia tiene que ver, en primer término, con si este ilícito se inscribe dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto o concreto. Así, quienes estiman que conforma un delito del primer grupo sustentan que el solo quebrantamiento de la cuarentena, por ejemplo, salir de casa sin la autorización dispuesta por la policía, hace presumir un peligro para la salud pública, desde que, como indica el tipo penal, tal conducta importa la infracción de reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de epidemia.

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

VI.- HISTORIA DE LA NORMA

15°. Que el texto originario del artículo 318 del Código Penal data del año 1874, el cual rezaba: *“El que infringiere las reglas higiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de epidemia o contagio, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de ciento a mil pesos”*, siendo modificado por la Ley 17.155, de 1969, la cual, entre otras normas, vino, además, a sustituir el antiguo párrafo 14 del Código Penal, por el actual se sanciona los *“Crímenes y Simples Delitos contra la Salud Pública”*, el cual disponía *“El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”*.

La última modificación al precepto legal impugnado, fue introducida por la ley N° 21.240, publicada con fecha 20 de junio de 2020, la cual “no alteró la descripción de la conducta, pero elevó las penas (siempre alternativas, hasta 3 años de presidio y hasta las 200 UTM) e introdujo una circunstancia agravante especial de efecto común:



la de cometer el delito “mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio” (Fernando Londoño, “¿Responsabilidad Penal para los Infractores en Cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley N°21.240): más micro que macro”. En: www.criminaljusticenetwork.eu, 2020, página 7);

16°. Que, para algunos estudiosos, el artículo 318 contempló una genuina figura de peligro abstracto desde su entrada en vigor hasta 1969, al sancionar al que “infringiere las reglas higiénicas o la salubridad acordadas por la autoridad en un tiempo de epidemia o contagio” (El Mercurio Legal: Consideraciones acerca del art. 318 del Código Penal en tiempos de Covid-19 por Jaime Salas). Sin embargo, a partir de la modificación legal introducida el 11 de junio de 1969, se incorpora la expresión “**pusiere en peligro la salud pública**”, permitiendo pasar de un delito de peligro abstracto, donde bastaba la mera infracción a las reglas sanitarias, hacia uno de peligro concreto, o bien, abstracto-concreto o de aptitud / idoneidad, donde, además de exigirse la infracción de la regla sanitaria, **debe ponerse en peligro la salud pública**.

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

17°. Que el profesor Juan Pablo Mañalich señala que “El artículo 318 del Código Penal, antes y después de la modificación de junio de este año, tipificaba y sigue tipificando un delito de peligro abstracto contra un bien jurídico individual, que deberíamos identificar con la salud de cualquiera persona natural. Parece fundada la tesis de que, tanto el artículo 318 como el artículo 318 bis, tienen el carácter de leyes penales en blanco propias, por lo que esto debería llevar a preguntarnos si los estándares que el Tribunal Constitucional chileno ha fijado para determinar la aceptabilidad constitucional de esa particular técnica legislativa se ven o no satisfechos en este caso. Esto genera cierta presión para la manera en que debemos



interpretar esas disposiciones y en especial el artículo 318; deberíamos reconocer que un constreñimiento nos impone, a la hora de perfilar una determinada propuesta interpretativa, que esa propuesta logre adecuar la norma a la exigencia constitucional de determinación” (UACH. <https://diario.uach.cl/expertos-abordaron-el-covid-19-y-su-impacto-en-el-derecho-penal/>);

VII.- PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD

18°. Que la jueza requirente confronta en su libelo remisor no solo una infracción al principio de legalidad, sino que además infiere que el artículo 318 del Código punitivo podría también afectar el “principio de taxatividad” como también el establecimiento de límites formales y materiales exigidos por el constituyente al establecer la figura delictiva controvertida.

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

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

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



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

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

19°. Que por su parte Carlos Nino afirmó que “todo delito lesiona un bien jurídico...de modo que no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido” (Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, México, UNAM, 1974, p. 56). El principio de dañosidad social es correlativo a la protección de bienes jurídicos, en el entendido que la conducta humana solamente puede ser un injusto punible si lesiona un bien jurídico, de modo que la conducta ilícita lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, que lesiona bienes jurídicos.

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

VIII.- IMPUTACIÓN Y EL DELITO DE PELIGRO CONTROVERTIDO

20°. Que los delitos de peligro abstracto, instrumentos preferentes de las nuevas formas de regulación son objetados en razón de su legitimación, precisamente, desde la perspectiva de la teoría del bien jurídico. En otras palabras, si la lesión de un bien jurídico no es requisito típico, y si el principio de lesividad constituye una exigencia derivada del principio de protección de bienes jurídicos, necesariamente, habrán de carecer de legitimación conforme al citado principio en los casos de los llamados delitos de peligro abstracto, pues en tal supuesto se establece una presunción de derecho de que la actividad descrita significa una puesta en peligro.

Si llamamos bien jurídico a los presupuestos necesarios para la vida social en el rango y marco de la Ley Fundamental, y como efecto los ciudadanos ocupen una



posición que constitucionalmente les corresponde y disfruten de la libertad protegida por los derechos fundamentales, la proclamación del Derecho Penal como un instrumento al servicio de la protección de bienes jurídicos adquiere dignidad constitucional (Hefendehl, *El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa*, en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I. Edisofer, 2008, pp. 389 y ss.).

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

21°. Que los criterios para estimar al principio de lesividad u ofensividad como elementos que escapan a la constitucionalización sin visualizar estándares de racionalidad que debe asistir al legislador al momento de creación de la norma, resulta pertinente esgrimir que en los delitos de peligro abstracto, tal como lo es requerido por la jueza Andrea Fabiola Díaz-Muñoz Bagolini, del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, conforman una especie de presunción de derecho de existencia del peligro, que por lo mismo se priva a la noción de peligro de toda función en la estructura del tipo, es decir, el injusto. Se está construyendo un delito a partir de un concepto vacío, de una mera idealidad (una ficción).

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



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

22°. Que cabe tener presente que en el proceso de tipificación de los delitos de peligro abstracto no se establece la relación de inmediatez del peligro como un bien jurídico, por tanto, se conforma una presunción de peligro para un bien jurídico que no admitiría prueba en contrario (*iure et de iure*). En resumen, con la creación de esos delitos el legislador estaría castigando meros comportamientos y vulneraría el principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*);

23°. Que “La presunción de derecho del peligro implica sin duda unos costos evidentes, que se sufragan sacrificando los principios liberales. La disminución de los requisitos de punibilidad es al mismo tiempo una merma de las posibilidades de defensa y supeditan al juez al legislador. El alejamiento de los principios penales capitales acarrea, como obligada consecuencia -perseguida sin duda por sus defensores- un desconocimiento de los principios procesales tradicionales, que forman parte, indudablemente, del Derecho Penal Liberal, en cuanto medios indispensables para su realización práctica en una organización jurídica democrática” (Carlos Künsemüller Loebefeld, op. cit. p. 188);

24°. Que, en la doctrina nacional señala Garrido Montt: “Los delitos de peligro abstracto no requieren la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí misma peligrosa, y por ello su prohibición se conmina con una sanción personal. Se miran con gran reserva estos tipos penales, que no corresponden a la concepción de un Derecho Penal protector de bienes jurídicos; en el hecho se proyectarían a una prohibición de conductas por mera disposición de la autoridad del Estado. Hay tendencia en la doctrina a considerar que el delito de peligro siempre debe entenderse en el sentido de **peligro real, concreto, y que afecte a un bien jurídico determinado**. De no haber producción de peligro no habría tipicidad” (Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, T. II. Nociónes Fundamentales de la Teoría del Delito, cit. pp. 253-254);



X.- PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL

25°. Que resulta atentatorio al principio de proporcionalidad en sentido amplio, que no sólo requiere que la intervención penal persiga la finalidad de protección de bienes jurídicos – penales, sino que resulte idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

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

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

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

En cuanto a la necesidad de la intervención penal, la utilización de penas y las medidas de seguridad per se limitan derechos, generalmente fundamentales, y pueden llegar a hacerlo en forma grave. Si el beneficio en términos de protección puede conseguirse con un menor costo en términos de limitación de derechos, resultará excesivo. El principio de la máxima utilidad posible para las posibles víctimas debe combinarse con el principio del mínimo sufrimiento para los



delincuentes. Entra en juego el principio de subsidiaridad, según el cual el Derecho penal ha de ser la “*ultima ratio*”, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El segundo principio derivado de limitación del Derecho penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del carácter fragmentario del Derecho penal. Significa que esta disciplina no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto significa que la intervención penal requiere un juicio de ponderación que compare la gravedad de la intervención y la importancia del beneficio que de ella se espera. Una vez comprobada la idoneidad y la necesidad de la intervención penal, aún falta comprobar que el costo de la intervención penal representada por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio (protección) que con ella se puede conseguir.

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

XI.- INFRACCIONES MANIFIESTAS DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL

26°. Que en la descripción típica del actual artículo 318 del Código Penal tras ser promulgada la ley N° 17.155, que modificó su redacción, en la actualidad además



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

27°. Que, por otra parte, la concepción de bien jurídico permite inferir en términos lógicos, que la cuestión surgida sobre los delitos de peligro implica la exigencia que para que esté justificado el castigo penal de un comportamiento, como consecuencia de que esté el bien tutelado efectivamente, susceptible de verse afectado mediante un peligro. De lo anterior se desprende, en primer término, la exclusión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto y, en segundo lugar, una precisa y rigurosa caracterización de los delitos de peligro concreto, dado que el daño como el peligro eventual, configurados como elementos constitutivos del delito deberán ser objeto de prueba a cargo de la parte acusadora;

28°. Que, la base para legitimar la construcción de un derecho penal de autor, antes que de un derecho penal de acto, mediante la configuración como lesivas incluso de las identidades personales, por ser (valoradas como) subversivas, terroristas, fundamentalistas o con inclinaciones diversas hacia el delito, u objetivamente peligrosas, o bien como enemigas, malvadas o peligrosas, pueden ser descritas como amenazas para el orden constituido, y como tales no pueden ser penalizadas de acuerdo a los parámetros constitucionales establecidos en el artículo 19, N°3, inciso séptimo, de la Carta Fundamental, que prohíbe expresamente las presunciones de derecho en materia penal;

29°. Que un aspecto importante, en diversos ordenamientos jurídicos es el uso de la razonabilidad suficiente en un aspecto comparativo con la proporcionalidad. Este enfoque ha primado en cuanto a que la constitucionalidad de las leyes que restringen los derechos fundamentales han generado un nuevo espacio a la regla de



la proporcionalidad, ya sea en cuanto una medida infralegal – un acto administrativo, un reglamento o una orden ejecutiva- restringe derechos fundamentales, basado en una razón de reconocimiento sustentado en que la legislación que restringe derechos fundamentales se controla de acuerdo con los requerimientos de la proporcionalidad, entonces la constitucionalidad de cualquier otro acto que restrinja los derechos fundamentales de acuerdo con la autorización legal debe también ser controlado de acuerdo con el mismo principio (Aharon Barak, Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones, Ed. Palestra, Lima, 2017, p. 408).

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

30°. Que el legislador no modificó, luego de la dictación de la Ley N° 17.155, en lo sustantivo la descripción típica del artículo 318 del Código Penal, puesto que la cuestión esencial es el **peligro hipotético, presunto, o estadístico** que no es materia propia del Derecho penal sino más bien del Derecho administrativo, lo que en definitiva genera la consecuencia que estamos en presencia de una mera infracción de medidas adoptadas por la autoridad sanitaria, que en ningún caso se posibilitarán la imputación penal. La protección de bienes jurídicos supra individuales como es la salud pública tipifica delitos de peligro abstractos, tal como sucede con el artículo 318 y 318 bis, lo que redundaría, que en todo caso se debe probar por el persecutor penal si “*ex ante*” la conducta era idónea para afectar la salud pública.

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

31°. Que, los límites en la aplicación de los delitos de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal son el respeto del principio de lesividad, el principio de



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

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

XII.- CONCLUSIONES

32°. Que atendido lo razonado en los motivos expuestos no cabe más que acoger el requerimiento deducido por la Jueza Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago doña Andrea Díaz-Muñoz Bagoloni, incoado a fojas 1 y ss. de estos autos.

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



SE RESUELVE:

- I. QUE SE ACOGE PARCIALMENTE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FRASE “PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO A MEDIO O”, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 318, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO PENAL, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2000657462-K, RIT N° 5595-2020, SEGUIDO ANTE EL CUARTO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. OFÍCIESE.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

DISIDENCIAS

Acordada con el voto en contra de la Presidenta del Tribunal, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y del Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes razones:

1°. Que, se ha requerido la declaración de inaplicabilidad del artículo 318 del Código Penal, en virtud del cual se sanciona con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales al 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;

2°. Que, a juicio de la Magistrada requirente de inaplicabilidad, el precepto legal resultaría contrario a los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en cuanto “(...) no existiría una relación de equilibrio entre el castigo que se impondrá y la conducta imputada (...)”, pues “(...) no establece parámetros objetivos al



momento de seleccionar la concreta sanción (...)” (fs. 10 y 11 de estos autos constitucionales) y atendido que “(...) *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 o infralegal (...)*” (fs. 12), ya que el hecho consiste en que el imputado “(...) *fue sorprendido por funcionarios de Carabineros de Chile, circulando en la vía pública, no manteniendo permiso temporal o permiso único colectivo que lo habilite para ello, infringiendo de esta forma la Resolución Exenta N° 373, de fecha 20 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud, que decretó diversas Medidas Sanitarias por Brote de Covid-19 (...)*” (fs. 12-13), prorrogada por diversas Resoluciones Exentas, todas dictadas en el marco del Decreto Supremo N° 104, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 2020, y del Decreto Supremo N° 269, de la misma Secretaría de Estado y del mismo año, que declararon y prorrogaron, respectivamente, el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por calamidad pública en todo el territorio nacional.

3°. Que, en esta oportunidad, disintimos de la sentencia adoptada por la mayoría, teniendo presente que el análisis no puede apartarse de las circunstancias del caso concreto, dado que no resulta posible -sin más- desatenderlas, porque la inaplicabilidad “(...) *trata inequívocamente de un control concreto de constitucionalidad de la ley, que se centra en las características del caso sub lite (...)*” (c. 7°, Rol N° 6.222), lo cual exige situar el artículo 318 del Código Penal, especialmente en relación con la pena privativa de libertad que es objetada por la mayoría, en el marco constitucional, legal, reglamentario y fáctico que da sentido y determina el alcance y delimitación de su aplicación en la gestión pendiente.

I. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

4°. Que, conforme indicamos, es ineludible situar la gestión pendiente y, por ende, el precepto legal cuestionado, tal y como consta en el requerimiento de fs. 1, en el contexto de lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 104, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 2020, por el cual S.E. el Presidente de la República declaró estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en el territorio de Chile, conforme a lo previsto en el artículo 41 de la Constitución y en el artículo 8° de la Ley N° 18.415, el cual fue prorrogado por el Decreto Supremo N° 269, de la misma Secretaría de Estado, también de 2020.



1. Decretos Supremos que declaran estado de excepción

5°. Que, según se lee en los considerandos del DS. N° 104, la declaración del estado de excepción referido se fundó en un hecho que, como señala el Jefe del Estado, es de público conocimiento, cual es que, a partir del mes de diciembre de 2019, se ha producido un *brote mundial* del virus denominado coronavirus-2 del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV-2) que produce la enfermedad del coronavirus 2019 o COVID-19.

Por ello, prosigue el Presidente de la República, el 30 de enero de 2020, el Director General de la Organización Mundial de la Salud declaró que dicho brote constituye una *Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional*, en tanto que el 5 de febrero, el Ministerio de Salud decretó Alerta Sanitaria y, el 28 de febrero de 2020, la Organización Mundial aludida *elevó el riesgo internacional de propagación* del virus de alto a muy alto, concluyendo, el 11 de marzo de 2020, que podía considerarse como pandemia.

Finalmente, fundamentando la decisión, se lee en el DS. N° 104 que “(...) *la experiencia internacional indica que existirá un aumento de los casos confirmados del referido virus en los próximos meses en nuestro país, que requiere la adopción de medidas excepcionales por parte de la autoridad para asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; así como al derecho a la protección de la salud establecidos en los numerales 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República*”, lo cual, a juicio del Jefe del Estado, constituye una calamidad pública, en los términos señalados en el artículo 41 de la Constitución, lo que permite la dictación del estado de excepción constitucional de catástrofe.

6°. Que, es útil recordar aquí que la Corte Suprema ha resuelto que “(...) *es manifiesto que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas queda radicado de manera privativa en las autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario*” (c. 2°, Rol N° 58.500-20).

7°. Que, por su parte, al prorrogar la declaración de estado de excepción, en el Decreto Supremo N° 269, el Presidente de la República agregó que, por medio del Decreto Supremo N° 107, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 2020, se declaró a las 346 comunas correspondientes a las 16 regiones del país, como zonas



afectadas por la catástrofe, en los términos de las disposiciones vigentes del título I de la Ley N° 16.282; que la autoridad sanitaria, mediante distintas resoluciones exentas del Ministerio de Salud, ha dispuesto una serie de medidas en diversas regiones del país, orientadas a resguardar la salud de la población y a prevenir el contagio de COVID-19, tales como aislamiento, *cuarentenas*, *cordones sanitarios*, *aduanas sanitarias*, entre otras; y que, a ese momento, la enfermedad ya había provocado el fallecimiento de 2.870 personas y el contagio de más de 160 mil personas en nuestro país, con más de 26 mil casos activos.

2. Regulación constitucional de los estados de excepción

8°. Que, como expone el profesor Lautaro Ríos Álvarez (“Los Estados de Excepción Constitucional en Chile”, *Ius et Praxis* Vol 8 N° 1, Talca, 2002, pp. 251-282), bajo la Constitución de 1828 se regularon dos situaciones de emergencia, referidas a ataques armados desde el exterior y a casos de conmoción interior, al igual como lo dispuso la Constitución de 1833, en su texto original, que concedía al Presidente de la República facultades extraordinarias, en su artículo 36 N° 6, y autorizaba la declaración de estado de sitio, en el artículo 82 N° 20, preceptuando, en su artículo 161, que “[d]eclarado algún punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración; pero durante esta suspensión, i en el caso en que usase el Presidente de la República de facultades estraordinarias especiales, concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí ni aplicar penas. Las medidas que tomare en estos casos contra las personas, no pueden esceder de un arresto o traslación a cualquier punto de la República”.

Pues bien, como recuerda el profesor Ríos, “[l]os excesos e irregularidades cometidos al amparo de estas normas concitaron la voluntad de los partidos políticos para modificarlas, intento que al fin se hizo realidad en la ley de reforma de 24 de octubre de 1874”, constitucionalizando el estado de asamblea, disponiendo, en el artículo 27 N° 6 de la Constitución, que era atribución exclusiva del Congreso “[d]ictar leyes excepcionales y de duración transitoria que no podrá exceder de un año, para restringir la libertad personal y la libertad de imprenta, y para suspender o restringir el ejercicio de la libertad de reunión, cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior (...)”, manteniendo la regulación del estado de



sitio en los mismos términos que en su texto original y modificando sustancialmente el artículo 161 para limitar su sentido y alcance.

Finalmente, la Constitución de 1925 mantuvo, fundamentalmente, la preceptiva introducida en 1874. Sin embargo, durante su vigencia, a pesar de la garantía contemplada en su artículo 44 N° 13, en cuanto a que *“ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura”*, se dictaron diversos cuerpos legales creando nuevos estados de excepción, desarticulando el sistema establecido por la Constitución.

Por ello, la intención clara de la nueva Constitución, en 1980, fue establecer los estados de excepción en la Carta Fundamental, admitiendo su regulación legislativa, pero sin que la ley pudiera crear otros nuevos (Sesiones 361ª a 364ª, 367ª y 371ª de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución).

9°. Que, la regulación inicial de los estados de excepción constitucional, en la actual Carta Fundamental, ha sido objeto de dos reformas sustantivas, mediante la Ley N° 18.825, en 1989, y la Ley N° 20.050, en 2005. A propósito de esta última, consta en sus antecedentes la intervención del entonces Ministro del Interior, quien expuso que *“(…) las propuestas presentadas en materia de estados de excepción constitucional buscan dos objetivos fundamentales, que consisten, el primero, en contar siempre con el acuerdo del Congreso Nacional para imponerlos, y el segundo, en restringir en la menor medida posible las garantías individuales durante la vigencia de dichos estados, en armonía con los compromisos internacionales que el Estado de Chile ha contraído en materia de protección de los derechos humanos”* (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en mociones de los HH. Senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, y de los HH. Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con las que inician sendos proyectos que introducen diversas reformas a la Carta Fundamental, 6 de noviembre de 2001, p. 334, Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07).

10°. Que, más específicamente, en relación con el estado de catástrofe, previsto en el artículo 41 de la Constitución, lo declara el Presidente de la República, en caso de calamidad pública, determinando la zona afectada e informando al Congreso Nacional de las medidas adoptadas, el cual puede dejarlo sin efecto transcurridos ciento ochenta días desde su declaración, si las razones que la motivaron han cesado en forma absoluta. Con todo, el Presidente de la República sólo puede declarar el



estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional.

Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República quien asume la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.

Por su parte, el artículo 43 inciso tercero agrega que “[p]or la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”.

11°. Que, “[s]e entiende por “calamidad pública” aquellos fenómenos que por causas naturales o humanas produzcan o puedan producir grave daño a la población o a la seguridad nacional. No se quiso limitar el origen de la calamidad pública a causas únicamente naturales, pues era perfectamente posible la existencia de ellas derivadas de acciones humanas; como la provocación de una peste por obra de elementos químicos, biológicos o bacteriológicos; por efectos de un bloqueo económico; si se envenena el agua de una población o si se hace volar una represa” (Emilio Pfeffer Urquiaga: “Estados de Excepción Constitucional y Reforma Constitucional”, *Ius et Praxis* Vol 8 N° 1, Talca, 2002, 223-250).

12°. Que, en definitiva, no resulta posible, pues importaría desatender circunstancias del caso concreto, sustraer la aplicación del artículo 318 del Código Penal del estado de excepción de catástrofe dispuesto por S.E. el Presidente de la República que lo autoriza para restringir las libertades de locomoción y reunión, atendida la grave situación derivada de la pandemia que todavía azota al mundo entero y a nuestro país, en particular, con la finalidad de asegurar a las personas el derecho a la vida, a la integridad física y síquica y a la protección de la salud, puesto que el respeto y cumplimiento de las medidas sanitarias no sólo persiguen evitar que esos derechos sean afectados en su dimensión personal, sino disminuir la propagación del virus, dotando a la preceptiva completa que los regula, incluyendo lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal, también de un sentido de cautela colectivo, como



lo deja en evidencia el resguardo de la salud pública que persigue amparar la disposición punitiva referida.

3. Preceptiva legal

13°. Que, en este nivel de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 7° de la Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, confiere, entre otros deberes y atribuciones al Jefe de la Defensa Nacional, durante el estado de catástrofe, controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe y el tránsito en ella, así como establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público, lo cual, atendida la gestión pendiente, debe vincularse con lo dispuesto en el artículo 55 del Código Sanitario, al tenor del cual, para la aplicación de su Libro II, sobre profilaxis sanitaria internacional, y sus reglamentos, se entiende que son *enfermedades sujetas a cuarentena*, la peste, el cólera, la fiebre amarilla, la viruela, el tifo exantemático y la fiebre recurrente; por *persona infectada* a quien padece de una enfermedad sujeta a cuarentena o que se presume que está infectada con dicha enfermedad y por *sospechoso* a toda persona que la autoridad sanitaria considere haber estado expuesta al riesgo de ser infectada por una enfermedad sujeta a cuarentena y que puede propagar dicha enfermedad.

14°. Que, en relación con esta preceptiva legal, conviene recordar aquí que el mismo artículo 55 define *epidemia* como “*la extensión de un foco infeccioso o su multiplicación*”, a la par que el artículo 22 de dicho Código preceptúa que “[será responsabilidad de la autoridad sanitaria el aislamiento de toda persona que padezca una enfermedad de declaración obligatoria, la cual de preferencia y especialmente en caso de amenaza de epidemia o insuficiencia del aislamiento en domicilio, deberá ser internada en un establecimiento hospitalario u otro local especial para este fin”; su artículo 23 añade que “[l]a autoridad sanitaria deberá proveer al médico-cirujano particular que lo solicite, siempre que ello sea posible, de los medios adecuados de diagnóstico para el rápido y eficaz reconocimiento de aquellas enfermedades transmisibles susceptibles de provocar epidemias”; y el artículo 36, al tenor del cual “[c]uando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la



República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia”.

Por último, el artículo 65 inciso primero del mismo Código obliga al Servicio Nacional de Salud a notificar al Organismo Internacional que corresponda, dentro de las veinticuatro horas de haber sido informado, que un área local se ha transformado en área infectada y, en su inciso final, le impone, en el curso de una epidemia, efectuar las notificaciones e informaciones prescritas en los incisos anteriores, a intervalos regulares, en comunicaciones dirigidas al Organismo Internacional respectivo.

4. Disposiciones reglamentarias

15°. Que, en el marco constitucional y legal descrito, se dictó la Resolución Exenta N° 373, por el Ministerio de Salud, publicada en el Diario Oficial el 22 de mayo de 2020, así como otras, también aludidas en el requerimiento de fs. 1 y en los escritos agregados a estos autos, en las cuales se han decretado diversas medidas sanitarias con motivo del brote Covid-19, incluyendo cuarentenas o aislamientos y cordones y aduanas sanitarias e imponiendo a las autoridades competentes la obligación de difundirlas por los medios de comunicación masivos.

II. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

16°. Que, ciertamente, la solución acerca del requerimiento de inaplicabilidad planteado en estos autos debe situarse en el marco constitucional, legal y reglamentario descrito, a partir del cual cabe resolver si el artículo 318 del Código Penal, al sancionar con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales al 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, incurre en una desproporción por falta de parámetros objetivos para determinar la sanción concreta que se aplique o si se trata de una ley penal en blanco, ya que el comportamiento que contempla la conducta típica se encontraría contenida en una regla inferior a la ley, como lo expone la Magistrada requirente.



1. Artículo 318 del Código Penal

17°. Que, el precepto legal impugnado, ubicado en el Título sobre crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad pública cometidos por particulares, párrafo XIV, dedicado a los que se cometen contra la salud pública, tiene su origen en el artículo 318 del texto original del Código Penal que sancionaba, con reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de ciento a mil pesos, a quien *“infrinjere las reglas higiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de pandemia o contagio”*, reemplazado, en 1969, por la Ley N° 17.155 para modificar la pena a presidio menor en su grado mínimo o multa de uno a cien sueldos vitales y la descripción del tipo, preceptuando que incurriría en él quien *“pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio”*.

18°. Que, de esta manera, si el tipo original, en el siglo XIX, sancionaba la mera infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, ya desde la modificación introducida en 1969, se dispuso que incurriría en la conducta prohibida quien *pusiera en peligro la salud pública*, pero por infracción de aquellas reglas, añadiéndose que, en todo caso, no basta con que éstas sean *“acordadas”* por la autoridad, sino que debían haber sido *“debidamente publicadas”*, siempre -eso sí- en tiempos de pandemia o contagio y agregando, el de catástrofe.

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

19°. Que, es importante insertar aquí, detalladamente, los motivos que tuvo S.E. el Presidente de la República para presentar una indicación sustitutiva durante la tramitación parlamentaria de esta última reforma legal. Allí expuso que *“[l]a autoridad sanitaria ha dispuesto una serie de medidas sanitarias por el brote de COVID-19. Entre ellas, cabe mencionar el cumplimiento de una cuarentena por 14 días a las personas diagnosticadas con COVID-19 desde el diagnóstico, pudiendo extenderse si la persona no se ha recuperado totalmente de la enfermedad, según lo dispuesto en la resolución exenta N° 188, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud. Igualmente, por resolución exenta N° 203, de 2020, del*



Ministerio de Salud, se dispuso que las personas que hayan estado en contacto estrecho con una persona diagnosticada con COVID-19 deberán cumplir con medidas de aislamiento por 14 días (...).

Por su parte, se dispuso que todos los habitantes de la República deberán permanecer, como medida de aislamiento, en sus residencias entre las 22:00 y 05:00 horas. La medida comenzó a regir desde las 22:00 horas del 22 de marzo de 2020 y será aplicada por un plazo indefinido, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su supresión, según lo dispuesto en la resolución exenta N° 202, de 22 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud.

A partir del 17 de abril de 2020, se dispuso el uso obligatorio de mascarillas para todas las personas que se encuentren en determinados lugares, siempre que se encuentren diez o más personas en un mismo espacio, así como cuando se utilice el transporte público o privado remunerado, entre otras hipótesis. Lo anterior, en virtud de lo establecido en la resolución exenta N° 282, de 16 de abril de 2020, del Ministerio de Salud.

Además, se han implementado de forma gradual y progresiva otras medidas sanitarias, aplicables en comunas o regiones determinadas, en atención a las condiciones epidemiológicas que se han presentado en cada una de ellas.

Según la información presentada diariamente por los medios de comunicación nacional, pese a encontrarnos en estado de excepción constitucional de catástrofe y diversas zonas en estado de cuarentena total o parcial o con cordones sanitarios con prohibición de circulación, no son pocos los individuos que han infringido estas limitaciones sin alguna razón que lo legitime, exponiendo la salud de todos los demás compatriotas (...).

Tal como se ha indicado en las referidas resoluciones de la autoridad sanitaria, el incumplimiento de las cuarentenas, cordones sanitarios u otras medidas dispuestas con ocasión del brote COVID-19 será fiscalizado y sancionado según lo dispuesto en el Libro X del Código Sanitario, así como en lo dispuesto en el Código Penal, cuando corresponda.

En efecto, el Ministerio Público ha fiscalizado el incumplimiento de estas medidas. El Fiscal Nacional, en un medio de comunicación nacional, al referirse a las instrucciones respecto a los criterios de actuación ante estos hechos ha señalado que (...) “quien infrinja la cuarentena total adoptada por la autoridad con el objeto de resguardar la salud pública será sujeto a una investigación criminal como eventual autor del delito contenido en el artículo 318 del Código Penal” [Ibidem].



Como vimos, el artículo 318 del Código Penal sanciona, alternativamente, con una pena privativa de libertad -de presidio menor en su grado mínimo- o con una multa de 6 a 20 unidades tributarias mensuales. En el contexto en que nos encontramos, y dada la gravedad de la propagación de enfermedades que pongan en peligro la salud pública, la penalidad actual parece ser insuficiente para disuadir a los infractores. Por ello, se hace necesario modificar el cuántum de la pena que actualmente contempla el delito en comento.

Adicionalmente, resulta relevante en esta situación contemplar mecanismos para los casos que la pena no se aplique de forma efectiva, dado el régimen de penas sustitutivas o de salidas alternativas al procedimiento, por lo que parece importante innovar en materia de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, con miras a retribuir a la comunidad por el peligro o daño provocado, en los casos que corresponda” (Formula indicación sustitutiva al proyecto de ley que modifica el Código Penal para sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria, en caso de epidemia o pandemia, 22 de abril de 2020, pp. 4-7, Boletines Refundidos N° 13.304-11 Y N° 13.389-07).

20°. Que, en consecuencia, el análisis constitucional de proporcionalidad y ley penal en blanco que nos plantea el requerimiento de inaplicabilidad tiene que ser realizado en el contexto jurídico y fáctico descrito que ha sometido a millones de personas en el mundo y en nuestro país a medidas severas y muy extraordinarias, tendientes a garantizar su vida, salud e integridad física y síquica, teniendo presente que, tal como ya lo expusimos en el Rol N° 8.574, “(...) A veces perdemos de vista la historicidad de nuestras decisiones por el momento excepcional que nos ha tocado vivir en los últimos meses en el mundo y desde el 18 de marzo de 2020 con la declaración del estado de catástrofe en Chile por la pandemia mundial del Coronavirus.

Es un momento universal, único y difícil.

Universal, porque desde los trágicos tiempos de las guerras mundiales que no confluían todos los intereses globales sobre un mismo asunto.

Único, porque para muchísimos de nosotros acontece por primera vez en nuestras vidas y nada se le parece. Hemos aprendido de otras experiencias difíciles, pero la asimilación no es similitud.

Y es difícil porque supone el conjunto más grande de restricciones a nuestras libertades, a nuestro modo de vivir y la impronta de lo que somos como personas y sociedad. Es difícil



porque nos hemos llenado de incertidumbres y de miedos. Se expresa en múltiples sentimientos cruzados de soledad, angustia, quiebras económicas, desempleo, enfermedades, muertes o abandonos.

Son tiempos de reflexión y cuestionamientos, pero también de esperanzas.

Y ese contexto nos ha modificado también el derecho. Ya vivimos en los márgenes excepcionales del mismo, desafiándonos en los momentos en donde más debe florecer el Estado democrático de Derecho, lo que exige de nosotros los jueces el mejor de los esfuerzos para fortalecer las reglas sobre las cuales reposa la vida colectiva. En particular, quiénes nos dedicamos al ámbito constitucional tenemos el privilegio de poder participar en el esfuerzo colectivo por garantizar los derechos fundamentales en contextos tan particulares.

Que la pandemia ha modificado sensiblemente nuestra vida social es una afirmación tan ordinaria como común. No sólo existen restricciones de nuestras libertades definidas por un estado de excepción, sino que nos enfrentamos a un desafío de una envergadura tal que afecta todos los rincones de nuestro país.

El Congreso Nacional ha dictado leyes especiales; el Banco Central ha rebajado las tasas de interés a cifras históricas para hacer frente a la recesión mundial cierta; los Tribunales de Justicia han modificado sus pautas de conductas y enfrentan los miles de casos bajo fórmulas inteligentes de avanzar en los asuntos sometidos a su jurisdicción sin afectar los derechos procesales de las partes; la Contraloría General de la República ha visado el conjunto de medidas administrativas excepcionales que se están adoptando; las policías y las Fuerzas Armadas enfrentan desafíos para los que no tenían competencias naturales; los municipios defienden a los vecinos bajo criterios creativos, no uniformes y no siempre efectivos; y el Gobierno tiene el deber de encabezar las estrategias sanitarias que permitan hacer frente a la pandemia, debiendo, a la vez, inspirar confianza en sus decisiones y prudencia en las estrategias que no parecemos conocer del todo.

Nuestra Magistratura no puede sustraerse a dicho clima. Vivimos en esa excepcionalidad (...)" (c. 1° y 2°).

21°. *Que, en este conjunto de circunstancias, ineludibles para evaluar el caso concreto que caracteriza a la gestión pendiente, el requerimiento judicial de fs. 1, con que se dio inicio a esta causa, nos vuelve a desafiar, en el contexto descrito, a propósito del artículo 318 del Código Penal, cuya constitucionalidad no puede situarse fuera de él, sino que se enmarca, exactamente, en ese conjunto de instrumentos -antiguos y*



nuevos- de que dispone la sociedad para mitigar la propagación de un virus letal respecto del cual cada uno de nosotros no puede sino actuar con máxima responsabilidad, por lo que las consecuencias de los actos u omisiones que aumenten su posibilidad de propagación tienen que ser objeto de sanción, conforme a la preceptiva legal y constitucional vigente.

22°. Que, sin embargo, ello no exime al juez competente, de evaluar diversas cuestiones -jurídica y doctrinariamente controvertidas- en relación con el artículo 318 en la gestión pendiente, respecto de las cuales, por ende, no corresponde pronunciarse a esta Magistratura, tales como si el delito allí previsto es de peligro abstracto o concreto; acerca de la naturaleza del procedimiento conforme al cual se juzgará, sea monitorio, simplificado u ordinario, a partir de la decisión adoptada por el persecutor penal; en relación con la determinación de las circunstancias fácticas del caso; respecto de la licitud o proporcionalidad de las medidas intrusivas adoptadas por el Ministerio Público; en cuanto a la vinculación entre lo preceptuado en los artículos 318 del Código Penal y 174 inciso cuarto del Código Sanitario; o, en fin, acerca de las cuestiones que surjan por los nexos entre el precepto legal impugnado y lo dispuesto en los artículos 318 bis y 318 ter del Código Penal o en cuanto a su relación con lo previsto en el artículo 390 del Código Procesal Penal, entre otras.

La cuestión, en definitiva, que se nos ha pedido examinar versa sobre si, la aplicación del artículo 318 resulta o no desproporcionada en su penalidad, especialmente respecto de la privación de libertad, o si configura una ley penal en blanco prohibida por la Carta Fundamental.

2. Proporcionalidad y determinación de la pena

23°. Que, en primer lugar, no aparece desproporcionada la sanción -aumentada recientemente por la Ley N° 21.240-, atendido el bien jurídico protegido, en el marco de la extrema situación que conlleva la pandemia que afecta al mundo entero desde hace ya varios meses, por lo que cabe aplicar aquí nuestra jurisprudencia precedente, en el sentido que, hemos “(...) manifestado en numerosas oportunidades en su favor, entendiéndolo como la debida relación de equivalencia entre conductas y sanciones o penas. Se ha agregado que esa vinculación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, se extiende desde el campo penal como garantía a todo el orden punitivo estatal. Se



ha hecho notar, además, que las garantías, como la proporcionalidad, vienen a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional (artículo 19, N° 3) (...).

Que, como lo ha señalado este Tribunal, el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción. Así lo hace el legislador, al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y asimismo cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley.

Tales marcos y criterios están llamados a operar como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular” (c. 4° y 5°, Rol N° 6.250).

24°. Que, aun cuando lo señalamos refiriéndonos al Derecho Administrativo Sancionador, es útil recordar que esta Magistratura ha considerado que “(...) el principio de predeterminación normativa se integra también con el elemento de correspondencia entre la conducta ilícita tipificada y la sanción consiguiente, como se ha discurrecido en las consideraciones precedentes. Si bien tal correspondencia puede dejar márgenes más o menos flexibles a la discrecionalidad judicial, en función de las características del caso concreto, le está vedado al legislador -so riesgo de vulnerar el principio de proporcionalidad en el sentido de delimitación de la potestad sancionadora- prescindir de todo criterio para la graduación o determinación del marco de la sanción a aplicar, sea en términos absolutos o de manera excesivamente amplia (...), a través de la incorporación de directrices que hacen obligatoria la ponderación de las circunstancias para la determinación de las correspondientes sanciones, en el caso concreto” (c. 17°, Rol N° 8.018).

25°. Que, sin embargo, no cabe olvidar que, en este caso, nos hallamos frente a un precepto legal que tipifica un delito en el Código Penal, donde la determinación de la pena corresponde, en definitiva, al juez, en caso de haber condena, la cual se encuentra sujeta al extenso y detallado conjunto de reglas que regulan la aplicación de penas en dicho Código, sin que pueda concebirse su determinación fuera del entramado preceptivo que lo rige íntegramente.



26°. Que, así las cosas, en relación con la gestión pendiente, entonces, debe también considerarse que el artículo 70 del Código Penal dispone que “[e]n la aplicación de las multas el tribunal podrá recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable. Asimismo, en casos calificados, de no concurrir agravantes y considerando las circunstancias anteriores, el juez podrá imponer una multa inferior al monto señalado en la ley, lo que deberá fundamentar en la sentencia.

Tanto en la sentencia como en su ejecución el Tribunal podrá, atendidas las circunstancias, autorizar al afectado para pagar las multas por parcialidades, dentro de un límite que no exceda del plazo de un año. El no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada”.

27°. Que, no debe olvidarse, asimismo, que, conforme al artículo 342 del Código Procesal Penal, la sentencia definitiva debe contener, entre otros aspectos, “[l]as razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo”, por lo que dicha norma “(...) deja claro que las cuestiones sobre determinación de la pena quedan cubiertas por el deber de motivación (...)” (Raúl Núñez Ojeda y Jaime Vera Vega: “Determinación Judicial de la Pena, Motivación y su Control en el Derecho Penal de Adolescentes Chileno”, *Política Criminal*, Vol. 7, N° 13, 2012, p. 179).

28°. Que, desde esta perspectiva, lo que en realidad plantea el requerimiento de fs. 1 es un reproche -que puede o no ser acertado, al tenor, por ejemplo, de lo dispuesto en los artículos 3°, 5° y 6° de la Ley N° 19.640- a la decisión que, en esta materia, ha adoptado el Ministerio Público, en ejercicio de las atribuciones que le han sido constitucional y legalmente conferidas, pues, como se lee a fs. 11 de estos autos, lo que se objeta es que no existan parámetros objetivos “al momento de seleccionar la concreta sanción” o la falta de sustento que podría atribuirse a las decisiones del persecutor, en cuanto al monto de la multa solicitada o por la vía procesal elegida, ya que “[n]o 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 implicó que haya presentado requerimiento en procedimiento monitorio en contra del imputado en esta causa (...)”.



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

30°. Que, sin embargo, nuestros colegas de la mayoría estiman desproporcionado que la ley imponga, alternativamente a la pena de multa, la privación de libertad del condenado -que, en la gestión pendiente, no ha sido solicitada por el Ministerio Público-, lo cual no compartimos atendidas las circunstancias del caso que hemos resumido, las que denotan que contemplar una pena privativa de libertad en relación con el delito prescrito en el artículo 318 del Código Penal, aparece razonable y justificado, máxime considerando que, en junio de este año, el legislador evaluó esta cuestión específica y estimó prudente y oportuno aumentar la penalidad.

En la tramitación de esta reforma se debatió, precisamente, en torno de la proporcionalidad de la pena, resultando persuasivo, a nuestro juicio, el argumento de la abogada asesora de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado del Ministerio Público, Bárbara Sanhueza, quien, en este ámbito, “(...) puntualizó que en este lapso el país se encuentra en una fase de epidemia y de contagio, por el hecho de que la enfermedad que ha gatillado la aplicación de este tipo penal es de carácter infecto contagioso que no sólo se transmite de persona a persona, sino que, tal como lo han evidenciado diversos estudios, el virus también permanece durante varias horas en distintos tipos de superficies. Ese dato es relevante, continuó, porque todas las restricciones de locomoción que ha establecido el Ministerio de Salud están orientadas a prevenir y a evitar contagios por interacción de las personas, no solamente entre ellas, sino que también con todos los objetos que pueden haber tocado.

En virtud de lo expuesto, postuló que (...) la Comisión ha aprobado una sanción alternativa de multa o presidio, precisamente porque la norma abarca una serie de hipótesis que



ameritan esa diferencia en la posibilidad de respuesta penal” (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal para sancionar la inobservancia del aislamiento u otra medida preventiva dispuesta por la autoridad sanitaria, en caso de epidemia o pandemia, 16 de junio de 2020, pp. 35-36, Boletines N^{os} 13.304-11 y 13.389-07, refundidos).

31°. Que, al contrario de lo sostenido en contra de la pena privativa de libertad, estimándola desproporcionada, ella permite -como alternativa a la de multa- ponderar con mayor razonabilidad y prudencia cada situación específica, debiendo el Ministerio Público evaluar las circunstancias concretas y correspondiendo a la Judicatura examinar y resolver, en definitiva, acerca de tales apreciaciones fácticas y jurídicas.

3. Ley penal en blanco

32°. Que, tampoco compartimos que el artículo 318 del Código Penal vulnere la exigencia constitucional en orden a que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en la ley.

33°. Que, somos conscientes del reproche que, precisamente por esta razón, suele formular la doctrina al artículo 318, con no poca consistencia. Sin embargo, en el marco constitucional y legal descrito, conforme a las circunstancias de la gestión pendiente, no alcanzan a disuadirnos para adherir al pronunciamiento de inaplicabilidad.

34°. Que, en efecto, nos parece que el razonamiento basal para sostener que el precepto legal cuestionado vulnera el principio constitucional que exige que la conducta se encuentre expresamente descrita en la ley se funda en que ello sucedería al no describir el núcleo esencial de la conducta, reenviando su determinación a reglas higiénicas o de salubridad, es decir, de naturaleza infralegal, en circunstancias que se incurre en aquel déficit de constitucionalidad, puesto que se describe la conducta típica (poner en peligro la salud pública), sin que sea necesario resolver aquí la disputa doctrinal “(...) entre los que dotan a la salud pública de una dimensión social del bien jurídico protegido en estos tipos, que va más allá de la mera suma de saludes individuales y se configura como un conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las



personas, afirmando que se trata de un concepto global y superior, que constituye un bien jurídico supraindividual; y otro grupo de autores que aducen que pese a ser un bien jurídico colectivo, tiene un referente individual, que la lleva a ser la suma de las saludes individuales” (Elena Atienza Macías: *¿Dopaje y Salud Pública? La Difícil y Discutida Identificación del Bien Jurídico Protegido en el Delito de Dopaje”, Derecho y Salud, Vol. 26 Extraordinario, Albacete, Asociación de Juristas de la Salud, 2016, p. 187).*

Y sin que sea suficiente aquella conducta, pues se requiere, para completar el tipo penal, que se incurra en ella infringiendo disposiciones sanitarias que estén debidamente publicadas y sólo si el hecho sucede en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.

35°. Que, no nos parece, que, en este caso y en el contexto que configuran las circunstancias concretas, latamente descritas a lo largo de esta disidencia, integradas, entre otras, por la preceptiva constitucional sobre estado de catástrofe, la Ley Orgánica Constitucional de estados de excepción, las normas del Código Sanitario, especialmente en materia de profilaxis sanitaria internacional, la reforma introducida por la Ley N° 21.240 y las disposiciones administrativas dictadas y profusamente difundidas -mediante su publicación en el Diario Oficial y por los medios de comunicación social- en relación con la pandemia de Covid-19, no resulta plausible sostener que los justiciables puedan esgrimir desconocimiento o ignorancia del hecho que circular por la vía pública sin cumplir con las medidas sanitarias, sobre restricciones horarias o territoriales o relativas a obligaciones de uso de mascarilla u otras medidas preventivas -todas ellas tendientes a aminorar la posibilidad de contagio y su propagación de un virus potencialmente mortal- sirvan para sustentar la alegación de ley penal en blanco que se atribuye en el requerimiento de fs. 1 al artículo 318 del Código Penal.

36°. Que, con esta decisión, no desconocemos ni cambiamos la que ha sido nuestra posición constitucional en la materia, a propósito de otros asuntos conocidos por esta Magistratura, por ejemplo, en relación con el delito de incumplimiento de deberes militares (Rol N° 8.354), sino que estimamos ponderar adecuadamente las circunstancias de este caso concreto, donde “(...) *Es preciso destacar que en una pandemia las libertas personales se deben mantener, pero éstas deben estar siempre supeditadas al bien común. Se debe resaltar la necesidad ética de seguir las indicaciones de la autoridad sanitaria*”



(Lineamientos Éticos en la Atención de Pacientes en una Situación de Pandemia, Mesa Social Covid-19, abril 2020, p. 2).

Máxime considerando que “[l]a reciente aparición del COVID-19 significa que la comprensión de los patrones de transmisión, la gravedad, las características clínicas y los factores de riesgo de infección sigue siendo reducida, ya sea entre la población general, entre el personal médico o en el entorno familiar o en otros ambientes “cerrados” (...)” (Organización Mundial de la Salud, Foco Técnico: *Investigaciones Epidemiológicas y Clínicas Precozes sobre el COVID-19 para una Respuesta de Salud Pública*, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/early-investigations>), donde “[l]a pandemia ha demostrado de lo que la humanidad es capaz tanto en su mejor como en su peor momento.

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

Sin embargo, también se han observado casos inquietantes de egoísmo, elusión de responsabilidades y división” (Alocución de Apertura del Director General de la Organización Mundial de la Salud en el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 4 de diciembre de 2020, <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-united-nations-general-assembly-special-session---4-december-2020>).

37°. Que, por lo expuesto, estuvimos por rechazar el requerimiento de inaplicabilidad, pues no estimamos desproporcionada ni carente de parámetros la determinación de la pena que puede imponerse al imputado en la gestión pendiente, ni aun en el caso de la privación de libertad, cuya aplicación pende de cada caso concreto, conforme a las normas generales aplicables en la materia previstas en el Código Penal, cuya determinación corresponde al Juez del Fondo, ni consideramos que se infrinja la exigencia constitucional de describir expresamente la conducta sancionada, pues es evidente que son suficientemente conocidas las obligaciones constitucionales, legales y administrativas que persiguen aminorar la propagación de la pandemia, cuyo acatamiento se funda en el reconocimiento y respeto de la dignidad humana y en el bien común, conforme a lo preceptuado en el artículo 1°



incisos primero y cuarto de la Constitución, así como en la garantía de la vida, la integridad física y síquica y la protección de la salud, aseguradas en los numerales 1 y 9° de su artículo 19.

El Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO y la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, estuvieron por rechazar el requerimiento, sosteniendo una interpretación conforme a la Constitución del artículo 318 del Código Penal, conforme los siguientes argumentos:

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

1°. Una pandemia como el Covid-19 es, antes que nada, una tragedia de salud pública con alcances universales que está en pleno desarrollo afectando la vida de millones de personas y comprometiendo gravemente la salud de otro conjunto aún más grande de personas. Más de un millón 140 mil personas han muerto por esta enfermedad y 41,8 millones de personas han sido reportadas con Covid en el mundo (a 22 de octubre de 2020), siendo nuestro país uno de los que cuantitativa y cualitativamente aportan una cuota significativa en el conjunto, con casi 500 mil personas infectadas por Covid y con cerca de 14 mil fallecidos sin contar las cifras extendidas que se consideran asociadas a dicha enfermedad.

El presente siglo es uno caracterizado por una civilización que valora la mantención de la vida de las personas como pocos y que está dispuesto a hacer esfuerzos ingentes por dedicarse a su protección y permanencia en consideraciones abiertamente contrarias al utilitarismo. En consecuencia, las afectaciones al derecho a la salud y a la integridad física y síquica de las personas, implica que existe una prevalencia inicial o *prima facie* de estos derechos por sobre los otros que parecen comprometidos acusadamente como es el caso de la libertad personal y sus restricciones de movimiento.

2°. La lucha contra esta pandemia no está ceñida a un guión, ni a una estrategia predefinida. Esta dinámica implica un ejercicio de máxima prudencia de poder



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

3°. Ahora bien, la pandemia no es solo un problema sanitario, también ha generado un enorme problema económico, al llevar a los países a cerrar sus economías y a perfilar la principal caída del producto interno bruto simultáneo en muchos años. Esta afectación económica trae por consecuencia un enorme impacto en derechos y libertades. Primero, por el cierre temporal de empresas y en muchos casos definitivo, en emprendimientos de todo tipo de rubros. Como consecuencia de ello, en el ámbito del trabajo, se ha incrementado la cesantía; se han debilitado las garantías sociales que proveen los contratos; se ha cortado la cadena de pagos; ha crecido la deuda personal y, muchas familias han visto caer sus ingresos monetarios de un modo dramático. Los extraordinarios esfuerzos económicos estatales y personales, así como una frondosa legislación excepcional, con mecanismos constitucionales transitorios que concluyeron con el monopolio del gasto público en manos del Poder Ejecutivo, nos hablan de una consecuencia indirecta del covid-19 de enorme impacto y que costará años recuperar.

4°. De este modo, hay un efecto directo sanitario desde la pandemia y una deriva indirecta de orden económico. “Responder con éxito significa dos cosas: limitar el impacto directo e indirecto de la pandemia. Los países que respondieron con más éxito pudieron evitar elegir entre los dos: evitaron el compromiso entre una alta mortalidad y un alto impacto socioeconómico de la pandemia. Nueva Zelanda ha podido reducir las infecciones y abrir su país internamente. Otras naciones insulares también pudieron prevenir casi por completo un brote (como Taiwán, Australia e Islandia). Pero no solo las islas pudieron doblar la curva de las infecciones y prevenir



grandes brotes: Noruega, Uruguay, Suiza, Corea del Sur y Alemania son ejemplos. Estos países sufrieron un impacto directo menor, pero también limitaron los impactos indirectos porque pudieron liberar las medidas de bloqueo antes.” (<https://ourworldindata.org/coronavirus>).

Pero aún así, estos casos emblemáticos, temen rebrotes reales, como es el caso de Alemania que los está sufriendo actualmente, o la decisión de Uruguay de cerrar sus fronteras en la época estival, pese a ser el turismo una de sus industrias preferentes.

5°. Por lo mismo, en este voto disidente de fines de octubre de 2020 vuelve a tener sentido, lo sostenido por esta Magistratura en su Sentencia Rol 8574, indicando en sus considerandos 1° y 2° “que pocas veces tratamos asuntos como los que hemos visto en este caso. A veces perdemos de vista la historicidad de nuestras decisiones por el momento excepcional que nos ha tocado vivir en los últimos meses en el mundo y desde el 18 de marzo de 2020 con la declaración del estado de catástrofe en Chile por la pandemia mundial del Coronavirus.

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

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



esfuerzo colectivo por garantizar los derechos fundamentales en contextos tan particulares.

6°. (...) La pandemia ha modificado sensiblemente nuestra vida social es una afirmación tan ordinaria como común. No sólo existen restricciones de nuestras libertades definidas por un estado de excepción, sino que nos enfrentamos a un desafío de una envergadura tal que afecta todos los rincones de nuestro país. El Congreso Nacional ha dictado leyes especiales; el Banco Central ha rebajado las tasas de interés a cifras históricas para hacer frente a la recesión mundial cierta; los Tribunales de Justicia han modificado sus pautas de conductas y enfrentan los miles de casos bajo fórmulas inteligentes de avanzar en los asuntos sometidos a su jurisdicción sin afectar los derechos procesales de las partes; la Contraloría General de la República ha visado el conjunto de medidas administrativas excepcionales que se están adoptando; las policías y las Fuerzas Armadas enfrentan desafíos para los que no tenían competencias naturales; los municipios defienden a los vecinos bajo criterios creativos, no uniformes y no siempre efectivos; y el Gobierno tiene el deber de encabezar las estrategias sanitarias que permitan hacer frente a la pandemia, debiendo, a la vez, inspirar confianza en sus decisiones y prudencia en las estrategias que no parecemos conocer del todo. Nuestra Magistratura no puede sustraerse a dicho clima. Vivimos en esa excepcionalidad. Llevamos semanas con audiencias a distancia y nuestro ritmo de trabajo no ha cesado. Y, en ese marco, esta sentencia trata de uno de aquellos espacios que suelen ser olvidados en la deliberación colectiva, como son las cárceles. “ (STC 8574, cc. 1° y 2°), aunque en esta causa está determinado como un dilema de libertad personal.

II.- Normas, riesgos, discriminación y datos personales: un auténtico problema constitucional

7°. El punto de partida de examen normativo frente a la pandemia no es estudiar el marco de la excepcionalidad constitucional. Esa es una consecuencia jurídica posterior a la decisión sobre las medidas que deben adoptarse para hacerle frente a una estrategia primariamente sanitaria. Enfrentar un riesgo desconocido supone adoptar la previsible idea que no se tiene la solución al problema de antemano. Si la tuviéramos no habría problema.



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

8°. Bajo una lógica de bien común, las alternativas de prevención general esperan por una vacuna efectiva que sabemos que no está aún disponible. Ello abre un escenario transitorio hasta la obtención en Chile de una vacuna que no desarrollamos y de la que somos enteramente dependientes de los avances de otros países. Este período lo entendemos como un ciclo acotado y que genere el menor impacto sobre los derechos y libertades posibles de nuestros conciudadanos.

Hay quienes postulan otro modo de obtener una fórmula de prevención general, según algunos científicos, a través de una acción que implique que sea el propio virus el que vaya inmunizando a las personas que se contagian. (<https://theconversation.com/is-reaching-zero-covid-19-possible-145108>). No obstante, esta medida no ha sido recomendada por la Organización Mundial de la Salud, puesto que la “inmunidad de rebaño”, nunca ha sido un método con el que se haya enfrentado una pandemia, porque es poco ético exponer a las personas a un virus sin protección y porque una estrategia de esa naturaleza, para ser efectiva, devendría en la muerte de muchísima gente. “Alcanzarlo supondría, según Mills, **muchas más muertes** en los **grupos de riesgo**: personas mayores, pacientes con obesidad y personas con patologías previas”. A ello habría que sumar las **secuelas** a largo plazo que se han observado hasta ahora como consecuencia del virus, incluso en cuadros leves. “Los **riesgos** asociados de perseguir la **inmunidad colectiva natural** la convierten en una **estrategia inaceptable** para reprimir el virus, y mucho menos eliminarlo”, resumía el experto.” (<https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/coronavirus-inmunidad-natural-rebano-vacuna-3436>).



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

De este modo, el libertarismo subyacente a esta estrategia permitiría la garantía de una “libertad natural” pero a un precio imposible de sortear. No sería necesario realmente debatir estas ocurrencias, pero tienen liderazgos mundiales y locales, que le dan un peso excesivo a este tipo de ejercicios olvidando la garantía de la vida y la protección de la salud.

9°. El dilema de la estrategia sanitaria es hacer frente a un riesgo. Y para enfrentarlo cabe examinarlo antes del ámbito penal o procesal en una pura lógica constitucional. Si el artículo 318 bis exige un evidente riesgo concreto de contagio, al imponer la condición de “el que pusiere en peligro”, ¿cuáles serán los esfuerzos estatales para identificar ese peligro que se sitúa más allá de la certeza?, ¿cuál es el mecanismo que permite “evitar la propagación de un mal” como el que objetivamente implica esta pandemia? Por cierto, que estas consideraciones pueden no ser compartidas por los que desacreditan la existencia misma de la pandemia, de sus efectos o de su manipulación. Esta interpretación está basada en datos reales y en una interpretación procedimentalmente correcta de los mismos.

10°. En efecto, todos los días el personal del sistema de salud se dedica a rastrear, examinar y diseñar la trazabilidad de un conjunto de personas que pueden ser portadoras de contagio. Cuando son identificados las personas contagiadas o aquellos que tuvieron contacto estrecho con ellos, deben ser aislados y sometidos a cuarentena. Algunos de ellos, impedidos de ingresar a sus propios hogares deben asistir a recintos dedicados a la realización de dichas cuarentenas. Todo ello afecta la vida cotidiana masivamente, reconocidamente desde la Constitución, puesto que impone una restricción a la libertad personal y de movimiento por la sola disposición del estado de catástrofe en razón de la pandemia.



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

11°. Ello lleva a que la enorme mayoría de los habitantes del país vivan o hayan vivido, bajo el estado de catástrofe, en un ejercicio excepcional de la libertad como permiso. Autorizaciones previas basadas en un conjunto de razones habilitantes para el desarrollo de la libertad de desplazamiento, con restricciones de desvío y con notificaciones de punto de inicio y de destino, en marcos horarios acotados. La excepción evidente es el ejercicio pleno de esa libertad personal ahora ejercida en lugares rurales, inaccesibles o de bajísima población. Dicho de otro modo, los lugares aislados ejercen por sí mismos su propia protección sanitaria, siendo necesario que el Estado imponga el aislamiento en todas las demás partes del territorio nacional.

Y la función de las fuerzas armadas y de orden y seguridad es ir en auxilio de dicho proceso de control mediante cordones sanitarios, controles rutinarios y examen de personas con posibles contagios.

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

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

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

12°. La administración de riesgos no es un resorte ajeno al derecho. Hay riesgos en la mitigación de conflictos de orden público. Hay estimación de riesgos al establecer los estándares que permitan ejercer el derecho a vivir en un medio ambiente



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

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

13°. Si examinamos el primer caso, veremos que es relevante que el modo en que se administra el riesgo depende de la naturaleza del rol que cumpla el Estado. El ejercicio de potestades imperativas desde el Estado puede imponer una impronta de tal carácter que reduzca ampliamente esos riesgos. Y hay alternativas a estas restricciones externas a la libertad personal. La reducción del riesgo puede implicar recurrir a la trazabilidad virtual de nuestros contactos, redes sociales, movimientos registrados en el GPS de nuestros celulares, correos electrónicos, etc. Hoy la vida cotidiana puede ser monitoreada con un ejercicio tecnológico que incrementa y potencia estos mecanismos de control. Si se amplía el registro a nuestros cercanos, se puede construir un cerco en torno al registro de la vida privada. Hemos reducido el riesgo de contagio, pero también la vida privada de todos. La acción del Estado puede ser quirúrgicamente impuesta pero el costo es superior al que representan las actuales restricciones a la libertad personal. No se trata solamente de constatar un examen de proporcionalidad, en cuanto las restricciones a la libertad personal resulten inferiores a las imposiciones sobre una vida privada monitoreada amplia e invasivamente desde medios tecnológicos. Se trata de que ese medio más gravoso se sitúa fuera del marco del Estado democrático de derecho, vulnerando los artículos 4°, 5° y 19 N° 4° y 5° de nuestra Constitución.



14°. Por lo mismo, podemos orientar una estrategia menos invasiva para estrechar el cerco sobre los contagios y los contagiados. Y nuevamente, debemos mirarlo a la luz de las restricciones sobre la libertad personal. Los riesgos también se reducen mediante estrategias de información. En vez de operar como si el Covid 19 fuese un fantasma invisible, se puede imponer una visibilización del mismo basado en los datos que previsiblemente tenemos sobre personas y lugares de contagio. En vez de enormes y complejos esfuerzos territoriales, operamos sobre las fuentes de contagio e iluminamos el cerco sobre los contagiados. Con ello, la propia comunidad podría tener una función en la dimensión del control ampliando y acotando las funciones policiales de contención generalizada de las restricciones de la libertad personal. Si el Estado publica e informa sistemáticamente sobre esta materia tendríamos más certezas sobre los riesgos. Sin embargo, cabe preguntarse por la extensión de una consideración de esta naturaleza. Si validamos una estrategia sanitaria de este tipo incurriríamos en un conjunto manifiesto de inconstitucionalidades. En primer lugar, vulneraríamos el secreto de la vida privada manifestada en la ficha médica y en los antecedentes de la enfermedad, afectando el artículo 19, numeral 4° de la Constitución. En segundo lugar, abriríamos la compuerta de la discriminación social basada en la condición de la enfermedad. Al identificar el riesgo de pandemia con personas concretas las volvemos a éstas completamente vulnerables al ejercicio de acciones de diversa naturaleza. Si médicos y personal paramédico en todo el mundo han debido soportar hostigamientos en lugares en donde viven, con mayor razón aquellos que están enfermos y que pueden ser tratados como si fueran agresores, victimarios o peligrosos delincuentes, con lo que estimamos se infringiría el artículo 19, numeral 2° de la Constitución, al ser una distinción fuera de toda razonabilidad. Y, en tercer lugar, porque una estrategia basada en sanciones comunitarias importa una transferencia de funciones nítidamente estatales vulnerando los artículos 6° y 7° de la Constitución. De este modo, en términos generales, la comunidad llamada a colaborar en acciones de prevención de la salud, se la sitúa en una posición compatible con el tipo de participación exigible por el inciso quinto del artículo 1° de la Constitución, esto es, una que debe contribuir a la integración armónica y a la igualdad de oportunidades. En consecuencia, la reducción de riesgos mediante acceso a información sensible, si bien puede limitar las posibilidades de contagios resulta incompatible con el tipo de trato exigible al Estado



en orden de instrumentalizar la enfermedad de las personas y someterlas a éstas a riesgos de integridad física y psíquica insospechados.

15°. En consecuencia, aunque parezca invasivo, una de las dimensiones más compatibles con el Estado democrático de derecho es aquella que se basa en la autonomía personal. Como bien nos recuerda Robert Dahl, “el proceso democrático es superior a otras formas de autogobernarse porque están justificadas por los valores de la libertad, el desarrollo humano y la protección y promoción de intereses humanos compartidos, lo que presupone la igualdad moral intrínseca de todas las personas; la presunción de que todos los adultos tienen derecho a su autonomía personal cuando se trata de determinar qué es lo mejor para ellos y la igualdad política propia de los ciudadanos” [Robert Dahl (1991), *La democracia y sus críticos*, Paidós, Primera edición, Buenos Aires, pp. 373-374].

Situar la contención del riesgo en la responsabilidad de las personas tiene muchas ventajas. Primero, porque dicha acción es en sí misma preventiva puesto que nadie mejor que nosotros en la identificación de los riesgos que asumimos. Segundo, porque uno mismo es factor de contagio y así como se tiene la convicción de que uno puede transmitir la enfermedad a los seres que más quiere o que están en su entorno con mayor razón sabrá que ese riesgo lo puede transmitir a terceros. Tercero, porque ese riesgo crece o se reduce dependiendo del volumen de contactos que tenga la persona. Cuarto, porque se trata de una pandemia que, aun cuando tengamos certidumbre de no ser un factor de riesgo, ello tampoco puede ser descartado por la presencia de personas asintomáticas o por la mutación de las cepas del patógeno. Y quinto, porque en algunas hipótesis el riesgo deja de ser tal, cuando una persona posee y porta un examen vigente de PCR negativo.

16°. En consecuencia, toda la dimensión sobre los riesgos se da en un marco de posibilidades constitucionales que, en abstracto, permiten muy diversos tipos de política pública sanitaria. Del examen, una de ellas es abiertamente autoritarias, comprometen de un modo definitivo la libertad de las personas e incrementan un poder estatal por sobre la vida cotidiana de la gente de un modo que, al tomar control sobre los riesgos, de paso lo hace sobre parte fundamental de la vida de las personas. En otras, la estrategia autoritaria es reemplazada por una estrategia de cooperación social que puede transformarse en opresión colectivista. Asumir esa estrategia de control de riesgos termina debilitando los lazos comunitarios, así como la igualdad y



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

III.- El conflicto penal - constitucional planteado por una jueza

17°. Se trata de un requerimiento judicial que sostiene que la aplicación del precepto impugnado vulnera el principio de proporcionalidad (artículo 19 Nos. 2º y 3º, inciso sexto, CPR), puesto que no existe una relación de equilibrio entre el castigo que se impondrá y la conducta imputada, atendido que la norma objetada no establece parámetros objetivos al momento de seleccionar la concreta sanción, entregando total libertad al Ministerio Público para proponer la sanción. Agrega que la aplicación de un procedimiento monitorio facilita el ejercicio de una potestad discrecional arbitraria del Ministerio Público.

En segundo lugar, señala que se infringe el principio de legalidad (artículo 19 N° 3, inciso octavo, CPR), dado que la conducta imputada se encuentra contenida en una regla infralegal.

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

18°. En cuanto a los criterios del rechazo sostendremos tres tipos de argumentos diferentes. Primero, aludiremos a que en este caso concreto no concurre una hipótesis que afecte el principio de proporcionalidad en su faceta abstracta ni menos en el modo en que se ha razonado concretamente en la construcción del requerimiento. En segundo lugar, diremos que no se infringe el principio de legalidad con un conjunto de matices en donde es necesario armonizar criterios penales. Y, por último, explicaremos los alcances complementarios de problemas de esta naturaleza en relación con la administración de riesgos desde un punto de vista normativo en un Estado democrático de Derecho, particularmente, planteando algunas hipótesis



alternativas de lucha contra la pandemia y reducción de riesgos diferentes a la disposición del artículo 318 del Código Penal.

IV.- No existe vulneración al principio de proporcionalidad

19°. El conflicto de constitucionalidad planteado en cuanto a la infracción al principio de proporcionalidad es abstracto, y se disocia del caso concreto porque la pena solicitada por el Ministerio Público es la mínima señalada para el delito imputado (6 UTM) y porque la misma juez requirente dispuso que el procedimiento que se seguirá es el simplificado, lo que conlleva un juicio oral, público y contradictorio (fs. 20 y ss.), con lo que no concurre la posibilidad del procedimiento monitorio.

20°. En cuanto a la proporcionalidad de la pena, en un juicio oral, público y contradictorio, como es el procedimiento simplificado, la determinación judicial de la responsabilidad penal, así como de la sanción aplicable no depende solo de lo solicitado por el Ministerio Público en su requerimiento, sino también por lo expuesto por la defensa del imputado. Así, según lo anterior, en la determinación de la pena se incluyen las reglas de atenuantes y agravantes (artículos 11 a 13 y 73 del Código Penal), las reglas de determinación de la pena contenidas en el párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal y la consideración sobre aplicación de penas sustitutivas.

21°. En particular, en relación con la pena de multa, el artículo 70 del Código Penal permite una graduación judicial de la pena mediante la rebaja de la multa, considerando no solo las circunstancias atenuantes y agravantes, sino principalmente el caudal o facultades del culpable y, en casos calificados y de no concurrir agravantes, el juez puede imponer una multa inferior al monto señalado en la ley. Y todavía más, de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 318 del Código Penal, si el Ministerio Público solicita únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, como ocurre en el presente caso, resultará aplicable la regla del artículo 398 del citado cuerpo legal, en virtud de la cual, concurriendo los requisitos previstos en ella, el juez podrá dictar sentencia y disponer la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses, pudiendo la sentencia eventualmente ser dejada sin efecto, dictándose, en su lugar, el sobreseimiento definitivo de la causa.



22°. Respecto a las objeciones al procedimiento monitorio, el requerimiento no objeta las disposiciones que reglamentan ese procedimiento (artículo 392 del Código Procesal Penal). Más aún, el juez puede desechar la propuesta del Ministerio Público de seguir la tramitación de un procedimiento monitorio si a su juicio no se encuentra suficientemente fundado el requerimiento o la multa propuesta y proseguir con el procedimiento simplificado (inciso final del artículo 392 del Código Procesal Penal), tal como ocurrió en el caso concreto. Con todos estos elementos, en abstracto y particularizadamente en el examen del requerimiento, no se ve cómo se pudo comprometer el principio de proporcionalidad. Tampoco compartimos la idea que la libertad personal aparezca comprometida en casos de esta naturaleza.

V.- No hay infracción al principio de legalidad penal

23°. Como sostuvo en un fallo la Corte de Apelaciones de Iquique, siguiendo al autor Fernando Londoño, no puede entenderse que el precepto impugnado castiga la mera infracción formal de disposiciones administrativas, de lo contrario, ello “llevaría -como ha ocurrido en reiteradas oportunidades- a la detención de todo aquel que vive en situación de calle, sancionando con ello la pobreza tal como se hacía de antaño al condenar el delito de vagancia y mendicidad” (CA de Iquique, sentencia rol 308-2020, de 28.08.20, c. 7º).

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



24°. En este sentido, una interpretación conforme con la Constitución del precepto legal impugnado no puede estimar que la conducta castigada por él es la mera infracción administrativa. Ahora bien, se desprende de una lectura cabal de la disposición impugnada que el núcleo de la conducta reprochada consiste en la puesta en peligro de la salud pública por infracción de reglas impuestas por la autoridad.

25°. Bajo esa lógica, el núcleo esencial de la conducta sancionada está prevista en la ley, por cuanto indica al sujeto activo, el objeto sobre el cual recae la conducta y el verbo rector. El verbo rector es “poner en peligro”. La conducta sancionada es “poner en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”. Luego, el tipo exige la puesta en peligro de la salud pública, pero ello no debe entenderse como un delito de peligro concreto, puesto que este está previsto en el artículo 318 bis del Código Penal, al castigar “[al] que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos”.

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

27°. Enseguida, las reglas higiénicas o de salubridad, cuya infracción se requiere para satisfacer el tipo, deben haber sido debidamente publicadas por la autoridad. Al respecto, cabe tener presente que las resoluciones dictadas por la autoridad sanitaria para enfrentar el riesgo de Covid-19 han sido publicadas en el



Diario Oficial y, en particular, las medidas referidas a toque de queda y cuarentena han sido difundidas por la autoridad sanitaria profusamente a través de los medios de comunicación masivos. En particular, en el caso concreto, el Ministerio Público imputa la infracción de determinadas resoluciones de la autoridad sanitaria, las cuales han sido todas publicadas en el Diario Oficial, como se puede apreciar a continuación: resoluciones exentas N° 373, de 20.05.20 (D.O.: 22.05.20), N° 396, de 27.05.20 (D.O.: 29.05.20), N° 417, de 03.06.20 (D.O.: 04.06.20), N° 448, de 10.06.20 (D.O.: 11.06.20) y N° 504, de 01.07.20 (D.O.: 03.07.20), todas del Ministerio de Salud. Existe perfecta cognoscibilidad del tipo no solo por la publicidad formalmente descrita, sino que por la difusión de la misma en medios de comunicación social.

28°. Adicionalmente, las resoluciones sanitarias que se han dictado durante el estado de excepción constitucional de catástrofe no son sino una concreción en el ámbito territorial de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario. Es así que el artículo 22 del referido cuerpo legal dispone el aislamiento de toda persona que padezca una enfermedad obligatoria, el artículo 25 previene que los directores de los establecimientos de salud están obligados a prohibir temporalmente la asistencia a clase de aquellos alumnos que a juicio de la autoridad sanitaria presenten peligro de contagio de una enfermedad transmisible, el artículo 26 establece que la autoridad sanitaria podrá someter a aislamiento y a otras medidas preventivas a aquellas personas que hubieran estado en contacto con pacientes de enfermedad transmisible y el artículo 36 autoriza al Presidente de la República, en caso de epidemia o de un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produzcan emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud de la población, para otorgar facultades extraordinarias a la autoridad sanitaria para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia. Y una de las maneras más evidentes de “evitar la propagación de un mal” como aquél correspondiente a esta pandemia es la restricción de la libertad personal, facultad que ejerce el Presidente de la República en virtud de la declaración del estado de catástrofe decretado. En este orden de ideas, cabe señalar que la infracción a las resoluciones de la autoridad sanitaria se sanciona con multa de un décimo de UTM hasta mil UTM, pudiendo la reincidencia ser sancionado hasta con el doble de la multa original.

29°. De este modo, el artículo 318 del Código Penal, en la identificación de “el que pusiere en peligro”, se ha centrado en un marco de acción que tiene un volumen



de acciones potencialmente peligrosas de contagio y en otras donde es posible descartarlo. La norma penal, centrada en una interpretación constitucionalmente conforme, puede abarcar aún más conductas de riesgo que están predeterminadas por el legislador en diversas conductas típicas del Código Sanitario y que aluden a la responsabilidad de distintos actores en la prevención de la pandemia.

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

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

30°. En síntesis, esta interpretación da cuenta de las alternativas de política pública frente a los riesgos de control de la pandemia. Esos riesgos pueden ser concretos, abstractos o formales de propagación. Este modo de entender este criterio



de interpretación, conforme a la Constitución, supone que debamos también mencionar los alcances relativos a todos los efectos constitucionales puesto que esta discusión rebasa con largueza las cuestiones puramente penales.

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

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

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

Redactaron la sentencia, según el orden en que se consignan los votos por acoger el requerimiento, los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, RODRIGO PICA FLORES y NELSON POZO SILVA, respectivamente. Las disidencias fueron redactadas por los Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y GONZALO GARCÍA PINO.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 8950-20-INA

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



IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA Y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

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

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