



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9373-2020

[3 de agosto de 2021]

ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

RAÚL URIBE GUZMÁN

**EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2000682229-1, RIT N° 4817-2020,
SEGUIDO ANTE EL UNDÉCIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE
SANTIAGO**

A fojas 625, estese a lo que se resolverá.

VISTOS:

Con fecha 28 de septiembre de 2020, Raúl Guzmán Uribe, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 del Código Penal, para que surta efectos en el proceso penal RUC N° 2000682229-1, RIT N° 4817-2020, seguido ante el Undécimo 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 o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.”.



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

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

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

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

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

Refiere el requirente que se ha iniciado de oficio investigación penal por resolución N° 062/2019 del Fiscal Regional Metropolitano Sur Héctor Barros Vásquez, en razón de haber tomado conocimiento por una publicación de Radio Bío Bío, titulada "En plena cuarentena Secretario del Senado es descubierto en restaurante de mariscos en San Miguel", relativa a hechos acaecidos en junio de 2020, que podrían constituir la figura penal antes anotada.

En razón de esta información, indica que se decidió iniciar una investigación por infracción al artículo 318 del Código Penal y, atendido que uno de los involucrados corresponde a un fiscal adjunto del Ministerio Público de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, se derivaron los antecedentes al Fiscal Nacional para que dispusiera que un Fiscal Regional asumiera la investigación en los términos del artículo 46 de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del órgano persecutor, resolviéndose por resolución N° 782/2020 de 7 de julio de 2020, que la investigación de estos hechos fuese asumida por la Fiscal Regional de la Región del Bío Bío doña Marcela Cartagena Ramos.

Afirma que el 22 de septiembre de 2020, su defensor penal fue notificado por correo electrónico de la solicitud de audiencia de formalización de investigación realizada por el Ministerio Público a su respecto y otras cinco personas, la que se fijó para el día 19 de noviembre de 2020 ante el Undécimo Juzgado de Garantía de Santiago. En tal solicitud, el Ministerio Público indicó que el delito por el cual formalizaría la investigación es aquel previsto en el artículo 318 del Código Penal en relación con las resoluciones exentas N° 327 de 07 de mayo de 2020 y N° 349 de 14 de



mayo de 2020, ambas del Ministerio de Salud, ya que la fecha del hecho imputado es 25 de junio de 2020.

Argumenta que la aplicación en dicha gestión pendiente del artículo 318 del Código Penal, produce resultados contrarios a la Constitución. Así, señala, siguiendo lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, de la Carta Fundamental, que el precepto cuestionado constituye una ley penal en blanco. 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”* y 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.

Indica que, al señalar el artículo 318 del Código Penal *“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 deja 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, añade, 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.

En la especie, la conducta a la que hace referencia la norma es indeterminada y puede tener múltiples formas en razón de los reglamentos higiénicos y sus modificaciones. Sostiene que, 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 Política.

A juicio del actor el artículo 318 del Código Penal no describe una conducta que pueda satisfacer las exigencias constitucionales de *lege scripta y certa*. Las acciones u omisiones típicas y antijurídicas que pueden ser imputadas a cualquier otra persona no están señaladas en la ley, sino en resoluciones exentas dictadas por la autoridad administrativa.

Estas resoluciones, explica, no corresponden a simples complementos de una conducta nuclear o básica descrita en la ley. Aquellas determinan lugares a los que se puede ir no, permisos que requieren las personas para entrar y salir de sus domicilios,



la obligación de permanecer en sus domicilios en horarios determinados, la obligación de portar mascarillas en determinados lugares, el número máximo de personas que se pueden encontrar en lugares abiertos de libre acceso al público o domicilios en particulares, etcétera. Con ello concluye que la sola profusión de prohibiciones y obligaciones de tan distinta naturaleza demuestra que no se trata de un complemento de una conducta básica contenida en la ley.

A lo anterior agrega infracción al principio de igualdad, al debido proceso y al principio de proporcionalidad de las penas. Explica que resulta cuestionable que la aplicación del precepto legal impugnado se ajuste al principio de proporcionalidad, en la medida en que este establece una prohibición de exceso en la reacción punitiva del Estado. De esta forma, a la conducta que establece el complemento infra legal del artículo 318, se agrega la desproporción de la pena y la falta de seguridad para la ciudadanía sobre el tipo de procedimiento que enfrentará, el que queda completamente entregado al arbitrio del Ministerio Público, vulnerando así también el artículo 19 N° 2 inciso segundo y el artículo 19 N° 3, incisos primero y sexto, de la Constitución.

Afirma que el inciso primero del artículo 318 del Código Penal establece dos penas alternativas, sin establecer algún criterio que dote de seguridad jurídica para definir cómo el persecutor fiscal podrá optar entre solicitar una u otra.

Según lo anterior señala que este es el único delito que permite al Ministerio Público elegir entre tres procedimientos distintos sin que la ley le exija fundamentar su decisión. Y allí donde no hay fundamento no puede haber, por definición, un procedimiento e investigación racionales y justos. Es el mero arbitrio del Ministerio Público el que permite generar una situación de desigualdad (procedimiento aplicable) respecto de personas que se encuentran en una misma situación (infractores de la normativa sanitaria), vulnerándose la igualdad ante la ley sin ninguna justificación que satisfaga un mínimo de racionalidad. En adición a lo anterior, al no existir ningún parámetro para la elección de la sanción aplicable, equivalentes conductas pueden verse amenazadas —según lo disponga el fiscal de turno— con penas de carácter pecuniario, sin ningún parámetro para la determinación de su cuantía, o con penas privativas de libertad.

Refiere que esta falta de racionalidad es la que posibilita que una persona puede verse enfrentada a una doble persecución y a una doble punición: en sede administrativa y en sede penal por los mismos hechos. En tal caso la Secretaría Regional Ministerial de Salud, ordenó la apertura de sumario sanitario respecto del actor y de otras personas y por resolución N° 20132072 de 31 de agosto de 2020, se le condenó al pago de 50 unidades tributarias mensuales, por lo que concluye que podría ser condenado al pago de 50 UTM en sede administrativa, más doscientas UTM en sede Penal, superándose así la prohibición de exceso que existe respecto del mismo tipo penal que establece una pena pecuniaria de máximo 200 UTM.



Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 29 de septiembre de 2020, a fojas 93, denegándose la suspensión del procedimiento, la que se decretó a fojas 272, en resolución de 11 de noviembre de 2020. La admisibilidad fue resuelta por la Sala a fojas 125, con fecha 15 de octubre de 2020.

A fojas 113, 186, y 246, los señores Cristián Aguirre Gamboa, Patricio Rosas Ortiz, Roberto Contreras Puelles, imputados en la gestión pendiente, se hicieron parte compartiendo las alegaciones de la requirente, en orden a afirmar la contrariedad con la Constitución de la norma cuestionada.

Se acompañaron informes en derecho realizados por el señor Francisco Maldonado Fuentes, sobre *“Constitucionalidad del delito previsto en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal”*; por el señor Gustavo Balmaceda Hoyos, sobre la *“Infracción de reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con peligro para la salud pública: Propuesta de interpretación”*; y por el señor Alejandro Vergara Blanco, sobre *“Inconstitucionalidad de la complementación del núcleo esencial de la tipificación de un delito mediante simples actos administrativos exentos. El caso del artículo 318 del Código Penal. Su infracción a los principios: I) de Igualdad y Proporcionalidad; II) De Legalidad, Reserva Legal y Tipicidad; y III) de Non Bis In Idem”*.

A fojas 207, con fecha 3 de noviembre de 2020, evacúa traslado el Ministerio Público y solicita el rechazo del requerimiento. Sostiene 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, señala 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.

Explica que el precepto cuestionado establece una pena de presidio o pena, estableciendo penas alternativas, tal como lo hace el Código Penal en otros casos. Luego, tienen plena aplicación 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. A su vez, en cuanto a las multas, lo propio acontece con la regla del artículo 70 del Código Penal, regla que ha quedado fuera del análisis que se hace en los requerimientos.

Hace presente que el Ministerio Público está dotado de autonomía constitucional para ejercer en su caso una acusación y proponer una pena, pero es finalmente el Tribunal competente el que está dotado de facultades para imponerla e incluso definir la naturaleza del procedimiento involucrado.



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.

En definitiva, indica que existen una serie de reglas del Código Sanitario (i.e., normas jurídicas de carácter legal) que establecen normas de conductas idóneas, adecuadas y pertinentes para enfrentar epidemias que pongan en riesgo la salud de la población.

A partir de una lectura sistemática y coherente de nuestro ordenamiento jurídico, resulta posible constatar que el artículo 318 del Código Penal pertenece a un sistema jurídico conformado por los artículos 32 N° 5, 39, 41 y 43 de la Constitución; los artículos 6º, 7º y 8º de la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de Estado de Excepción; el Título II del Libro I del Código Sanitario (en el que se regulan las acciones estatales en contra de enfermedades transmisibles y epidemias), entre otras reglas aplicables, todas las cuales poseen como denominador común la condición de tratarse de arreglos normativos, de carácter legal o incluso suprallegal, que se encuentran orientados a coordinar la reacción institucional ante la catástrofe manifestada por la propagación de un brote epidémico que importa un riesgo relevante de contraer una enfermedad grave o, derechamente, la muerte para gran parte de la población.

De esta forma, una lectura debidamente contextualizada del artículo 318 del Código Penal permite comprenderla plenamente, recobrando la inteligibilidad que una comprensión descontextualizada de la misma regla le niega: leída en conjunto con el sistema jurídico al cual pertenece, el artículo 318 Código Penal demuestra que posee el complemento normativo propio de una ley penal en blanco impropia.

Visto de este modo, indica que es posible concluir que las medidas de “cierre temporal de restaurantes” e, incluso, las tan objetadas medidas de “cuarentena total” o “aislamiento nocturno” (que no constituyen otra cosa, sino, restricciones de la libertad de locomoción o reunión), son medidas que poseen una fuente legal (incluso suprallegal).

El artículo 318 así se complementa con las normas jurídicas y disposiciones legales que rigen ante la irrupción de la catástrofe: dicha norma castiga la infracción de las disposiciones que restringen la libertad de desplazamiento o de reunión, bajo un contexto de calamidad pública o; a aquellos comportamientos que contravienen la decisión de cerrar determinados locales públicos o privados que, por sus características, son capaces de facilitar el contagio o la propagación de una determinada enfermedad.



En razón de lo anterior, la alegación planteada de que el comportamiento incumpliría los parámetros constitucionales de taxatividad, solicita que sea rechazada.

Explica que la ciudadanía en general y, en particular, los imputados, conocieron 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.

Finalmente, indica que la alegación referida a la supuesta vulneración del principio *ne bis in idem* es incorrecta. Al analizar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Procesal Penal chileno, pueden realizarse dos constataciones: a) Existe un derecho a no ser juzgado o condenado dos veces por un mismo hecho en sede penal; b) No existe consagración en la ley chilena o en las convenciones de Derechos Humanos a las cuales se encuentra suscrito el Estado de Chile un derecho a no ser sancionado administrativa y penalmente por el mismo hecho.

El legislador chileno no le ha otorgado el efecto de poner término anticipado al procedimiento penal al hecho de que se sigan conjuntamente procedimientos administrativos y penales, en contra de un mismo sujeto o a la circunstancia de una persona haya sido previamente sancionada por la autoridad administrativa, cuestión de la cual concluye que en nuestro país no constituye una infracción de las garantías constitucionales, ni menos una contradicción con la Constitución, el hecho de que el legislador, en una determinada materia, decida someter el asunto a las esferas de la administración y a la jurisdicción ordinaria penal.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 3 de diciembre de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos, por la parte requirente, de Claudio Fierro Morales; por la parte de Cristián Aguirre Gamboa, de Gonzalo Rodríguez Herbach; por la parte de Patricio Rosas Ortiz, de Cristián Bawlitza Fores; por la parte de Roberto Contreras Puelles, de Juan Domingo Acosta Sánchez; y por el Ministerio Público, de Andrés Salazar Cádiz. Previo a la adopción de acuerdo se decretaron medidas para mejor resolver.

Se adoptó acuerdo en Sesión de 21 de enero de 2021, según certificación del relator.



Y CONSIDERANDO:

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

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

SEGUNDO. Este Tribunal no cuestiona el contenido de las medidas sanitarias adoptadas por la autoridad. Tampoco discute las potestades del Ministerio de Salud para regular el comportamiento de las personas en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, ni que -en general- el legislador tenga la potestad para establecer que ciertas conductas que puedan eventualmente atentar contra la salud pública constituyan un delito. Lo que esta Magistratura reprocha es que la contravención de las diversas reglas que la autoridad sanitaria ha estado disponiendo sean consideradas como delito sancionable penalmente. Y lo hace por considerar que el inciso primero del artículo 318 del Código Penal no describe expresamente una conducta, tal como lo exige el artículo 19, N° 3°, inciso noveno, de la Constitución. Por esto y por las circunstancias descritas en el párrafo anterior, la aplicación de la ley penal impugnada favorece una aplicación arbitraria o discrecional del derecho, con la consiguiente indefensión de las personas a las que se les quiere aplicar dicho precepto.

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



I.- LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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



legislador ha delegado el establecimiento de la conducta en la autoridad administrativa, a quien ha habilitado para que -con posterioridad- dicte *las reglas higiénicas o de salubridad* susceptibles de *infracción*.

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

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

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

SEXTO. El solo reconocimiento de que no es posible para el legislador prever anticipadamente las conductas que ameritan ser restringidas (recurriendo para ello a las determinaciones de la autoridad sanitaria), las que, obviamente, no conoce *ex ante*, constituye una demostración lógica de la total delegación presente en el tipo penal.

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

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



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

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

DÉCIMO. Repetimos, no está en duda la necesidad de que la autoridad sanitaria tenga flexibilidad en la regulación del comportamiento de las personas con el fin de disminuir los riesgos generados por una situación excepcional de catástrofe. Sin embargo, la autoridad administrativa no se encuentra legitimada para hacerlo por medio de la amenaza de una sanción penal recurriendo a un precepto legal constitucionalmente defectuoso como el artículo 318 del Código Penal. Y si, aun existiendo otros instrumentos de control, el legislador decide recurrir a la vía penal para enfrentar una situación de emergencia, opción que no le está -en principio- vedada, deberá identificar las necesidades particulares temporales y describir las conductas incriminatorias correspondientes. Esto exigirá actuaciones legislativas ágiles y focalizadas. No cabe duda. Pero, ése es el precio que demanda el respecto de las garantías constitucionales que la Carta Fundamental asegura a todas las personas ante el poder punitivo estatal.

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



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

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

DUODÉCIMO. Usando el lenguaje del artículo impugnado, a la fecha se han dictado cerca de un centenar de *reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio*. Estas resoluciones de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud disponen variadas restricciones de conducta, cuyas condiciones de aplicación y cumplimiento van fluctuando. Este dinamismo y volubilidad que se constata en la etapa de formulación de reglas ha ido acompañado de disímiles y cambiantes estrategias de implementación. A veces se recurre sólo a la vía administrativa. En otras ocasiones - en forma alternativa o adicional- se opta por la persecución penal. No existen reglas expresas que orienten la actividad persecutoria del Ministerio Público en un escenario como el descrito. Éste puede elegir cualquier resolución sanitaria para, luego, imputar responsabilidad penal a todo aquel que considere que ha infringido tales reglas. Además, cuando ocurre esto último, el Ministerio Público canaliza el ejercicio de la acción penal a través -indistintamente- del procedimiento ordinario, del simplificado o del monitorio. El alto grado de indeterminación del tipo penal aludido no ha pasado desapercibido para la judicatura penal. Ésta, consciente de la falta de directriz que se ha generado para su aplicación, lo cual constituye un problema para el adecuado ejercicio de su función, también ha presentado requerimientos de inaplicabilidad ante esta Magistratura.

DECIMOTERCERO. A continuación, para ilustrar la diversidad y variabilidad de las medidas sanitarias contenidas en resoluciones exentas del Ministerio de Salud, transcribiremos partes de cuatro resoluciones exentas. Entre éstas



es posible identificar algunas hipótesis perseguidas penalmente por el Ministerio Público y que constan en las causas de inaplicabilidad sometidas a conocimiento de este Tribunal.

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

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

-Resolución exenta N° 341, de 12 de mayo de 2020: [...] 1. Déjese constancia, que en materia de aislamientos y cuarentenas, deberá estarse a lo dispuesto en las resoluciones exentas Nos 334, 327 326, 322, 289, 261, 247, 227, 217 y 210 todas de 2020 del Ministerio de Salud, a sus complementos o modificaciones posteriores y a aquellas que le sirvan como antecedente. 2. Prohíbase a los habitantes de la República salir a la vía pública, como medida de aislamiento, entre las 22:00 y 05:00 horas. Esta medida será ejecutada de acuerdo a las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional de las distintas regiones. Déjese constancia que la medida de este numeral comenzó a regir desde las 22:00 horas del 22 de marzo de 2020 y será aplicada por un plazo indefinido, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su suspensión. [...] 4. Se exceptúan de lo dispuesto en este acápite las personas que se encuentren en las circunstancias que se señalan en el Instructivo para permisos de desplazamiento del que trata el oficio N° 11.694, de 30 de abril de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Dicho instructivo contempla, además, las formas y condiciones para la obtención de los permisos de desplazamiento de aquellas personas exceptuadas.

-Resolución exenta N° 349 de 14 de mayo de 2020: [...] 1. Complementétese la resolución N° 341, de 2020, del Ministerio de Salud, con las



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

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

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

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

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



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

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

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

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

EN CONCLUSIÓN, y sin que sea necesario referirse a otras infracciones constitucionales invocadas, este Tribunal manifiesta que la aplicación del artículo 318 del Código Penal en la gestión judicial pendiente infringe el artículo 19, N° 3°, inciso 9° de la Constitución, el cual asegura a todas las personas que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 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 EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2000682229-1, RIT N° 4817-2020, SEGUIDO ANTE EL UNDÉCIMO JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. OFÍCIESE.
- II. QUE SE ALZA LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.

PREVENCIONES

La Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO y el Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ concurren a acoger el requerimiento solo respecto de la vulneración del principio non bis in idem, según las siguientes consideraciones:

I.- IDENTIFICACIÓN DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

1° El requerimiento fue interpuesto por el señor Raúl Guzmán Uribe respecto del artículo 318 del Código Penal, con el objeto de que su acogimiento incidiera en la gestión pendiente correspondiente a una causa penal por delito contra la salud pública, seguida ante el 11° Juzgado de Garantía de Santiago (rol 4817-2020). Respecto de la misma se encuentra fijada audiencia de formalización de investigación, la que fue suspendida por la tramitación de la presente acción.

En cuanto a los hechos, con fecha 25 de junio de 2020, a las 13:30 horas, el requirente junto a otras dos personas fueron sorprendidos comiendo en el restaurante Loyola, ubicado en la comuna de San Miguel, que se encontraba en cuarentena, infringiendo así las resoluciones exentas N° 327, de 7 de mayo de 2020 y N° 349, de 14 de mayo de 2020, ambas del Ministerio de Salud.

2° En cuanto al conflicto constitucional, plantea que el precepto penal aludido vulnera el artículo 19 Nos. 2°, inciso segundo, y N° 3, incisos primeros, sexto, octavo y noveno, de la Carta Fundamental, según brevemente se explicará.

En cuanto al principio de legalidad y tipicidad, establecido en el artículo 19 N° 3, incisos octavo y noveno, de la Constitución, sostiene que el comportamiento castigado se encuentra establecido en una regla infralegal y, además, el núcleo esencial de la conducta sancionada no está contenido en una norma de rango legal, impidiendo



el conocimiento previo de la conducta que resulta exigible. Señala que es evidente que el precepto legal cuestionado no describe ninguna conducta, constituyendo una ley penal en blanco propia, que no satisface el estándar constitucional.

Respecto de los principios de igualdad ante la ley, el debido proceso y proporcionalidad de las penas, previstos en los numerales 2º y 3º, incisos primero y sexto, del artículo 19 de la Constitución, manifiesta que el precepto legal impugnado prevé una pena desproporcionada, que no otorga seguridad a la ciudadanía en relación con el tipo de procedimiento que enfrentará, lo que queda completamente entregado al arbitrio del Ministerio Público, sin establecer criterios para definir cómo el ente persecutor podrá optar entre la pena de prisión y la pena de multa.

Agrega que, en el caso concreto, la falta de racionalidad de la norma se constata en el hecho que puede enfrentar una doble persecución y una doble punición: en sede administrativa y en sede penal, por los mismos hechos. En efecto, por Resolución N° 20132072, de 31 de agosto de 2020, se le condenó al pago de una multa de 50 UTM. Es así como una doble sanción de multa superaría la prohibición de exceso y una sanción de multa, además de una de prisión, rebasaría la alternatividad que exige el propio precepto objetado.

3º En este voto particular que concurre al acogimiento desestimaremos la infracción del principio de tipicidad, según los fundamentos que estos cuatro Ministros sostenemos reiteradamente en diversos pronunciamientos del Tribunal respecto del artículo 318 del Código Penal, a partir del caso Rol 8950, aunque con criterios separados y con argumentaciones comunes desde las Sentencias Roles 9476, 9494, 9506, 9545, 9548, 9568, 9571, 9881 y 9927, las que entendemos incorporadas al presente voto como fundamentación idéntica para el rechazo por la hipotética infracción al principio de legalidad penal.

Además, hay una razón adicional que tanto la sentencia como este voto la entienden común, en orden a especificar cuán compatible resulta promover dos inconstitucionalidades que no son coherentes entre sí. La sentencia entiende que no es necesario avanzar en el examen de la infracción del non bis in ídem puesto que el propio delito del artículo 318 del Código Penal vulneraría el principio de tipicidad. Y, este voto concurrente, parte de la base que existe una interpretación conforme a la Constitución de dicho precepto lo que deviene en descartar tal inconstitucionalidad. De este modo, el alegato por la vulneración del non bis in ídem opera como una inconstitucionalidad en subsidio de la otra. Esta dimensión quedará muy clara en el examen de cómo concurriría la infracción al non bis in ídem, según explicaremos.

4º El requerimiento fue promovido inicialmente por el señor Raúl Guzmán Uribe. Posteriormente, de conformidad con los artículos 44 y 86 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional se hicieron parte otros tres imputados en la causa penal, los señores Cristián Aguirre Gamboa (fs. 113 y ss.), Patricio Rosas Ortiz, fiscal adjunto jefe de SACFI de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur (fs. 186 y ss.) y



Roberto Ignacio Contreras Puelles, ex fiscal, asesor del Ministerio Público (fs. 246 y ss.), vinculándolos en cuanto a los resultados de esta sentencia.

II.- CONCEPTO DE NON BIS IN ÍDEM

5° En cuanto al otro fundamento, partiremos recordando el modo en que la Constitución reconoce el principio del non bis in ídem tanto en su vertiente material como procedimental. A partir de esta definición constitucional y convencional desarrollaremos “qué es lo mismo” y “qué no lo es” y cuándo concurre la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento normativos. En este caso, realizaremos un ejercicio de aplicación simple de esta concurrencia de elementos a partir de una previa sanción administrativa aplicada respecto de los mismos hechos.

6° Se utilizan diversas denominaciones (non bis in ídem y ne bis in ídem[§]) para identificar la idea de un doble juzgamiento. Se trata de la configuración de un viejo principio jurídico posterior al siglo II D.C. de contornos no tan claros que se adapta a dos fórmulas que son sinónimas (ne y non) pero que al ser castellanizados generan un entendimiento diverso. Si la noción es “ne” se traduciría en “para que no (o que no) dos veces en (o por) lo mismo”. Si la iniciamos con “non” diría “no dos veces en (o por) lo mismo”. Esta expresión imperativa final es la que se sugiere utilizar en la idea de identificar un principio y a ella nos adaptaremos**.

III.- AUSENCIA DE CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SUBSIDIARIA

7° Este principio no tiene una consagración constitucional expresa en nuestro ordenamiento, lo que se diferencia de otros textos fundamentales que lo han incorporado con claridad. [Por ejemplo, ver los artículos 29 de las Constituciones de Colombia, Bolivia (art. 117), Costa Rica (art. 42), Ecuador (art.76), Estados Unidos (enmienda 5°); México (art. 23) o Panamá (art. 32), entre tantos otros.] La realidad de un ordenamiento que no los incorpora obliga a indagar cómo se ha entendido este principio dentro de nuestra Constitución, a partir del pronunciamiento directo o indirecto que nuestra jurisprudencia ha tenido al efecto (STCs 2133, 2896, 3054, entre otras).

8° Por una parte, se estima que el principio del non bis in ídem no está en la Constitución, pero se desprende directamente del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, como uno de los derechos respecto de los cuales todos los órganos del Estado están obligados a respetar y promover, por su innegable conexión con derechos convencionales que lo reconocen expresamente.

[§] Se utiliza la primera acepción en las STCs 781, 1011, 1441, 1968, 2045, 2133, 2402, 2722, 2744, 2773, 2896, 2953 y 3000. En cambio, solo se utiliza la expresión “ne” en la STC 3177.

** López de Barja, Jacobo (2004), *El principio non bis in ídem*, Dykinson, Madrid, p. 17.



9º Por la otra, se sostiene que sustenta en una vulneración mediata del artículo 1º (dignidad humana), del artículo 5º inciso segundo (“los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”), el debido proceso (artículo 19, numeral 3º), todos de la Constitución. Y, adicionalmente, del igualmente interpretable e implícito principio de proporcionalidad.

IV.- CONEXIÓN CONVENCIONAL DEL NON BIS IN ÍDEM MEDIANTE EL ARTÍCULO 5º INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN

10º Al carecer de referencias explícitas será el ordenamiento convencional el que refleje con nitidez los alcances de este principio. El artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

El artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que:

“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.^{††}

11º Por lo anterior, estas reglas convencionales establecen una conexión con los criterios materiales que se deben encontrar incorporados en el ordenamiento constitucional. De esta manera, es posible advertir que el principio del non bis in ídem puede ser estimado como “una regla de doble reconocimiento” de un derecho convencional expreso que se asocia a uno constitucional igualmente explícito (por ahora en el artículo 19, numeral 3º de la Constitución), cumpliendo la exigencia del

^{††} Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de Fondo, de 17 de Septiembre de 1997, Párrafo 66. “En cuanto a la violación en perjuicio de la señora María Elena Loayza Tamayo de la garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento, la Corte observa que el principio de “non bis in ídem” está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención”. Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo *delito*), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.

La mayor preocupación de la Corte ha sido precaver la aplicación de cosa juzgada aparente o fraudulenta, en juicios donde no se han respetado las reglas del debido proceso o en que los jueces no obraron con independencia e imparcialidad (Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, párr. 131).



ordenamiento interno, esto es, “derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales” (artículo 5º de la Constitución).

V.- VARIANTES DEL NON BIS IN ÍDEM: SUSTANTIVA Y PROCEDIMENTAL

12º Antes de continuar con la conexión a las normas constitucionales cabe asumir que el principio non bis in ídem no tiene un sentido unívoco, sino que ha sido interpretado como un principio que define dos estándares. Siguiendo al Profesor Juan Pablo Mañalich el principio non bis in ídem es “una conjunción de dos estándares susceptibles de ser estrictamente diferenciados en atención a sus respectivas condiciones operativas. Por una parte, se trata de una prohibición de punición múltiple por un mismo hecho, que se hace operativa como estándar sustantivo de adjudicación; por otra, de una prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo hecho, que se hace operativa como estándar de clausura procesal” [Mañalich, Juan Pablo, “El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Política Criminal*, Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), p. 547.]

13º Esta distinción la viene haciendo repetidamente la jurisprudencia constitucional de otros países que, ejemplificamos, con la STC 2/2003 del Tribunal Constitucional de España que reconoce las vertientes materiales y procesales del principio del non bis in ídem. No obstante, se cuestiona que se trata de una distinción que no es acertada y que ha creado confusión. Por lo mismo, se sugiere que se trata de una prohibición de enjuiciamientos sucesivos y, por ello, habría que hablar más bien de vertiente procedimental del non bis in ídem material y no propiamente el non bis in ídem procedimental o procesal. [Alarcón, Lucía (2010), *Principio non bis in ídem*, en Lozano Cutanda, Blanca (2010), directora, *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, p. 772.] Por lo mismo, el énfasis hay que ponerlo en los efectos jurídicos que se desatan por la consideración de estos estándares, según ya veremos.

VI.- REGLAS CONSTITUCIONALES QUE SE ASOCIAN AL PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM

14º Ya hemos sostenido la vía complementaria y convencional del contenido expreso desde los artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a través del artículo 5º inciso segundo de la Constitución. Cabe ahora especificar las normas constitucionales internas, lo que traducido en el primer estándar material del non bis in ídem implica que no es posible sancionar a una persona dos veces en lo mismo. De este modo, “ningún delito se castigará con otra pena” (artículo 19, N° 3). Este es un mandato dirigido al legislador penal que puede vulnerar cuando establece otras penas por los mismos sujetos, hechos y fundamentos, vulnerando el principio de legalidad penal,



señalado en el inciso 8º, numeral 3º del artículo 19, de la Constitución. Esta vertiente material puede complementarse interpretativamente como una infracción al principio de tipicidad puesto que el dilema radica en la configuración normativa de los ilícitos.

15º En cuanto a la vertiente procesal del principio de non bis in ídem, por una parte, están las reglas del debido proceso puesto que sería una garantía de un procedimiento e investigación racional y justo. Sin embargo, podríamos entender que una de las variantes del principio se encuentra consagrado de modo indirecto al establecer la prohibición de que el Presidente de la República y el Congreso Nacional pueda “hacer revivir procesos fenecidos” (frase final del inciso primero del artículo 76 de la Constitución).

Este precepto viene reiterándose en la larga trayectoria constitucional chilena como una manifestación del principio de cosa juzgada. [Art. 108 de la Const. de 1833 y art. 80 de la Const. de 1925 en los mismos términos que la actual.] Para la doctrina implicaba “una consagración del principio de la cosa juzgada y de la inviolabilidad de los derechos declarados por la autoridad competente para todos los otros poderes soberanos” [Manuel Carrasco Albano (1856), *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, Imprenta y Librería del Mercurio, pp. 182-183]. Asimismo, el art. 73 (actual 76 de la Constitución vigente) prohíbe, en términos absolutos, al Presidente y al Congreso “hacer revivir procesos fenecidos” y es indudable que la prohibición alcanza a la ley, dado que dichas autoridades no pueden hacer reabrir un proceso concluido, ni por acto separado ni por acción conjunta que se exteriorice por medio de la ley” [Alejandro Silva Bascuñán (2002), *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII, Segunda edición, p. 124].

16º De este modo, con base normativa concreta, es posible advertir que los fundamentos que explican el principio non bis in ídem se relacionan en la Constitución chilena con el principio de legalidad penal y de tipicidad, en su dimensión material, y con el debido proceso y la cosa juzgada en la vertiente procedimental del principio non bis in ídem material. Y en ambas circunstancias, complementadas por los tratados internacionales que regulan específicamente la materia.

VII.- LA TRIPLE IDENTIDAD PARA OTRA SANCIÓN DE “LO MISMO”

17º La pregunta fundamental en toda causa de esta naturaleza, en donde se combinan reglas punitivas superpuestas, es saber precisar cuándo nos encontramos frente a “lo mismo”. Es esencial antes de analizar la prohibición del “bis”, el despejar el “ídem”. Y respondemos de modo genérico, que “lo mismo”, o el “ídem”, se equipara a la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento. Basta que falte una de ellas para que los supuestos punitivos operen con independencia y no se anulen constitucionalmente por el principio del non bis in ídem.



VII.1.- El sujeto sancionado debe ser el mismo

18º El sujeto debe ser, necesariamente, el mismo. A efectos de adelantar un juicio combinado de criterios aplicados al caso concreto, no tenemos duda alguna que concurre identidad del mismo sujeto sancionado en sede administrativa e imputado en el ámbito penal: el Sr. Raúl Guzmán. Respecto de las demás personas que se hicieron parte, en la argumentación del caso concreto lo identificaremos.

VII.2.- Los hechos por los cuales se le condena o sanciona deben ser lo mismo

19º También debe haber una misma identificación de los hechos. “Se considerará que existe un solo hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista) y sea valorado unilateralmente en un tipo (criterio normativo)”. [Alarcón, Lucía (2010), Principio non bis in ídem, en Lozano Cutanda, Blanca (2010), directora, *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, p. 765.] Esta definición resulta extremadamente clave en un caso como el analizado. Hay un conjunto de hechos que tienen, en regla de principio, una voluntad relativamente similar. Sin embargo, en cuanto mandatos normativos no se valoran como si fueran parte de un mismo acto o hecho.

20º Ello exige coordinar qué hechos son parte de las normas por los cuales es sancionado doblemente, lo que analizaremos en la perspectiva del caso concreto.

VII.3.- El mismo fundamento

21º A primera vista, habrá un “mismo” fundamento cuando el bien jurídico tutelado sea de idéntico tenor en ambos ordenamientos penal y administrativo que orientan la punición. Sin embargo, tan sencilla conclusión no permite avanzar en la distinción de casos complejos. Por lo mismo, un aspecto indiciario, y que en este caso concurre expresamente, es que resulta razonable pensar que haya identidad del bien jurídico protegido cuando se deriva de la misma ley sectorial.

22º Esa aproximación es tan solo inicial puesto que la doctrina sugiere que “la identidad de fundamento comporta, en realidad, dos identidades: identidad de bien jurídico o interés público protegido e identidad de lesión o ataque a ese bien”. [Alarcón, Lucía (2008), *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, Madrid, p. 51.] En tal sentido, un hecho podría generar múltiples infracciones a diversos bienes jurídicos o diferentes hechos pueden vulnerar un solo bien jurídico. Por tanto, habrá que estar analizando cómo mediante el o los castigos se logre sancionar toda la ilicitud y se reproche todo el daño ocasionado al bien jurídico.



VIII.- Concurso de normas punitivas y no concursos de infracciones

23º La hipótesis de aplicación del principio non bis in ídem exige que nos encontremos situados dentro de un concurso de normas punitivas y no de un concurso de infracciones. El dilema del concurso de normas punitivas importa la apreciación idéntica de los mismos hechos en donde una conducta debe absorber completamente el desvalor de la otra. No importa la identidad perfecta en ambos sentidos, sino que una de ellas lo absorba plenamente. Puede que no haya coincidencia total pero el desvalor debe ser enteramente recogido por una regulación. Esta apreciación exige descartar las reglas propias de acumulación punitiva por simple reiteración delictiva propia de los concursos penales. A partir de lo anterior, implica que un concurso real de delitos acontecerá cuando al culpable de dos o más delitos deben imponérsele las penas de todas las infracciones en las cuales ha incurrido. Para ello, el ordenamiento penal y procesal penal contienen reglas de pura legalidad que ordenan el modo en que se imponen estas sanciones penales, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 351 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 74 del Código Penal. En este caso, no concurren reglas propias de concurso ideal o medial de infracciones que se regulan por otras normas.

24º Lo que caracteriza al concurso de infracciones es el principio de acumulación y en esta acumulación el principio de non bis in ídem no juega ninguna función limitadora por la sencilla razón de que no se trata de un concurso de normas.

25º Cabe especificar un aspecto relevante. Hemos sostenido que la capacidad para diferenciar un bien jurídico directamente atacado por diversas conductas reside en la capacidad de enjuiciar todo el desvalor de la conducta. Solo así puede haber un idéntico fundamento.

26º Este modo de resolver penalmente implica dar cuenta de un problema añadido en el ámbito procedimental de la vertiente material del principio del non bis in ídem. Esencialmente, responder si acaso existe algún orden de preferencia de juzgamiento sobre otro.

IX.- NO HAY PREFERENCIA PENAL SOBRE EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

27º Como sabemos, el procedimiento sancionatorio en sede administrativa es de 31 de agosto de 2020. Se encuentra afinado y es fundamento base de la gestión pendiente de la acción de inaplicabilidad interpuesta. Se trata de un acto administrativo sancionatorio concluido, lo que abre la hipótesis sobre si existe o no preferencia en nuestro ordenamiento acerca de alguna temporalidad punitiva específica.

Este es un punto que se han planteado otros países, en especial España, a partir del examen de su legislación sectorial, pero no como resultado de alguna norma



constitucional. La preferencia sancionatoria en los ordenamientos funciona como una garantía para no incurrir en el non bis in ídem. Resulta evidente que si un juzgamiento tiene prioridad ontológica por los bienes jurídicos que preserva o prioridad técnica por la naturaleza de la materia que fiscaliza, resuelve con antelación al dilema del doble juzgamiento. No obstante, estas decisiones son del ámbito del legislador y nada puede decirse en el ámbito de la Constitución al respecto.

28° Asimismo, no es posible identificar que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los tratados que son parte de nuestro ordenamiento en la materia, exista directa o indirectamente, una regla que favoreciera la preferencia penal del juzgamiento de infracciones de esta naturaleza.

29° Incluso más, en la Sentencia Rol N° 3312, esta Magistratura razonó acerca del modo en que se integran los contenidos investigativos desde el Derecho Administrativo Sancionador al ámbito penal con las cautelas allí expresadas (STC 3312/2017, considerando 49°). Por tanto, mal se puede concebir un principio de preferencia penal cuando nuestra normativa, avalada por nuestra Magistratura, entiende que no hay obstáculo para el múltiple juzgamiento en la medida que no incurra en una afectación procedimental del principio del non bis in ídem. Esta infracción operaría, en términos estrictos, cuando se vulnera la cosa juzgada en procesos ya fenecidos.

X.- APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

A.- “Lo mismo”: *in ídem* en cuanto al sujeto

30° Siendo los presupuestos de “lo mismo” la triple concurrencia de persona, hechos y fundamento, cabe empezar preguntándonos acerca de si en los dos procedimientos nos encontramos frente al mismo sujeto.

Es así como esta Magistratura adoptó como medida para mejor resolver, la solicitud a la Seremi de Salud de la Región Metropolitana para que remitiese los expedientes administrativos de los sumarios sanitarios seguidos en contra de Raúl Guzmán Uribe, Cristián Aguirre Gamboa, Patricio Rosas Ortiz, Roberto Contreras Puelles, como así también en contra del restaurante “Loyola”.

A fs. 593 y ss., la Seremi acompañó los expedientes solicitados, indicando que “en cumplimiento de lo solicitado, adjunto copia de los sumarios EXP 20132432, EXP20132433, EXP 20132434 y EXP20132435, iniciados en contra (sic) don Raúl Guzmán Uribe, Patricio Rosas Ortiz, Roberto Contreras Puelles y Edelberto Loyola Pérez”. Luego, no acompañó expediente sanitario respecto de don Cristián Aguirre, de lo que cabe colegir que no existe un sumario sanitario en contra de él.

Por una parte, a fs. 38 consta el certificado por el cual se acredita que en la causa RIT 4817-2020 tiene calidad de imputado en sede penal el Sr. Raúl Guzmán



Asimismo, a fs. 40 consta la solicitud de formalización por parte de la Fiscal Regional de Bío-Bío de los demás imputados.

En consecuencia, se da por cumplido el requisito de “lo mismo” en cuanto al sujeto respecto de los señores Guzmán, Rosas y Contreras, suspendiendo el examen de concurrencia de requisitos respecto del señor Aguirre.

B.- El “bis”: en cuanto a los hechos

31° Constatar la concurrencia del requisito en torno a los “mismos hechos” no solo es un estándar constitucional, sino que el propio Código Procesal Penal establece en su artículo 1° que “la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”. Del mismo modo, el artículo 13 del Código Procesal Penal organizando los institutos del sobreseimiento definitivo y la litis pendencia a su respecto, puramente aplicables, al ámbito penal.

Sin embargo, en el ámbito constitucional la dimensión de los hechos no genera una interdicción de un doble juzgamiento en sede penal y administrativa, siempre que no se trate de “lo mismo”, conforme lo razonó esta Magistratura en la STC 3054.

En consecuencia, en esta segunda fase cabe considerar si nos encontramos frente a los mismos hechos.

32° En cuanto al requerimiento del sr. Raúl Guzmán. El procedimiento administrativo se inició con el Acta de Fiscalización N° 115250, que le imputó tres hechos: (i) la asistencia al restaurante “Loyola”, cuyo funcionamiento se encontraba prohibido; (ii) falta de permiso de desplazamiento colectivo; y (iii) no utilización de mascarilla en un recinto cerrado en el que había más de 10 personas. Los descargos evacuados por el sumariado fueron desestimados y, mediante Resolución N° 20132072, de 31 de agosto de 2020, se le aplicó una multa de 50 UTM. La copia del expediente sobre reclamación contra multa aplicada en sumario sanitario consta a fs. 385 y ss. La reclamación fue deducida por el requirente Raúl Guzmán Uribe en contra de la multa de 50 UTM aplicada por la Seremi de Salud de la Región Metropolitana, por resolución N° 2013072, de 31.08.20, para efectos de que aquella sea dejada sin efecto. Funda su reclamación en que la resolución de multa y el sumario sanitario infringieron una serie de normas jurídicas sobre la materia, con vulneración de las reglas procedimentales, y, en particular, cuestiona el acta de fiscalización y su función en el procedimiento sumario.

La resolución fue reclamada por la vía judicial, estando pendiente de resolverse.

33° En cuanto al expediente de Patricio Rosas El procedimiento se inició con el Acta de Fiscalización N° 169520, de 09.07.20, que le imputó tres hechos: (i) la asistencia al restaurante “Loyola”, cuyo funcionamiento se encontraba prohibido; (ii) falta de



permiso de desplazamiento colectivo; y (iii) no utilización de mascarilla en un recinto cerrado en el que había más de 10 personas. Los descargos evacuados por el sumariado fueron desestimados y, mediante Resolución N° 20132074, de 31 de agosto de 2020, se le aplicó una multa de 50 UTM.

Según señaló en la vista de la causa el abogado de Patricio Rosas, don Cristián Bawlitza, la resolución de multa se encuentra firme y ejecutoriada (1:23:00 del video).

34° En cuanto al expediente de Roberto Contreras. El procedimiento se inició con el Acta de Fiscalización N° 169519, de 09.07.20, que le imputó tres hechos: (i) la asistencia al restaurante “Loyola”, cuyo funcionamiento se encontraba prohibido; (ii) falta de permiso de desplazamiento colectivo; y (iii) no utilización de mascarilla en un recinto cerrado en el que había más de 10 personas.

El sumariado no evacuó descargos y, mediante Resolución N° 20132075, de 31.08.20, se le aplicó una multa de 50 UTM. Con posterioridad a esta resolución, los descargos del sumario fueron ponderados por la autoridad sanitaria (al parecer habrían llegado a otra casilla electrónica) y, mediante Resolución Exenta N° 4983, de 29 de diciembre de 2020, se desestimaron los descargos y se mantuvo la resolución de multa. No consta si esta última resolución fue reclamada.

35° En sede penal, en la solicitud de formalización de investigación penal (cuyo escrito está acompañado al expediente de este Tribunal Constitucional, a fs. 40), el Ministerio Público señaló que los señores Guzmán, Rosas y Contreras, y los demás investigados, se imputará tanto por la infracción al artículo 318 del Código Penal, sino también por la infracción de dos actos administrativos, las resoluciones exentas N°s. 327, de 7 de mayo de 2020 y 349 de 14 mayo de 2020, ambas de la Subsecretaría de Salud Pública.

36° No obstante al no haberse formalizado aún la investigación en el proceso penal y, por tanto, no existiendo todavía comunicación a los imputados de los hechos por los cuales se les investiga, los antecedentes que constan en el expediente constitucional, así como lo expuesto en la vista de la causa, permiten concluir que se trata de unos mismos hechos y de una misma infracción.

En el caso concreto, esta identidad se configura plenamente, desde que se trata de exactamente un solo y mismo hecho y de una sola y misma infracción, esto es, el incumplimiento de idéntica medida sanitaria consistente en la cuarentena dispuesta por las resoluciones exentas N° 327, de 7 de mayo de 2020 y N° 349, de 14 de mayo de 2020, ambas del Ministerio de Salud, para enfrentar la pandemia del Covid, poniendo en peligro la salud de la población.

De este modo, en una perspectiva *prima facie* concurrirían los mismos hechos en cuanto ellos son valorados normativos bajo un idéntico fundamento. Eso exige ir al tercer requisito.



C.- Lo mismo en cuanto a sus fundamentos

37° De acuerdo a lo analizado, en estos tres expedientes anteriormente aludidos, la autoridad sanitaria señala que los hechos que dieron lugar al sumario sanitario “importan infracción a lo dispuesto en los numerales 1° y 24° del Resuelvo de la Resolución Exenta N° 341 de fecha 12 de Mayo de 2020, a lo dispuesto en el numeral 2° letra a) del Resuelvo de la Resolución Exenta N° 347 de fecha 13 de Mayo de 2020, a lo dispuesto en el numeral 1° letra e) del Resuelvo de la Resolución Exenta N° 373 de fecha 20 de Mayo de 2020, a lo dispuesto en el numeral 2° letra c) del Resuelvo de la Resolución Exenta N° 396 de fecha 27 de Mayo de 2020, a lo dispuesto en el numeral 2° letra c) del Resuelvo de la Resolución Exenta N° 417 de fecha 03 de Junio de 2020, a lo dispuesto en el numeral 2° letra c) del Resuelvo de la Resolución Exenta N° 448 de fecha 10 de Junio de 2020, a lo dispuesto en el numeral 1° letra h) del Resuelvo de la Resolución Exenta N° 467 de fecha 17 de Junio de 2020, todas del Ministerio de Salud, que “Dispone Medidas Sanitarias que Indica por Brote de Covid-19”; concordante con el Instructivo para Permisos de Desplazamiento del que trata el Oficio Ordinario N° 15.346 de fecha 19 de Junio de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y; en relación con el Decreto N° 4/2020 de fecha 05 de Febrero de 2020, que decreta “Alerta Sanitaria por el periodo que se señala y otorga Facultades Extraordinarias que indica por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por Brote del nuevo Coronavirus (2019-NCOV)”, modificado por el Decreto N° 6 de fecha 06 de Marzo de 2020, por el Decreto N° 10 de fecha 24 de Marzo de 2020, por el Decreto N° 19 de fecha 03 de Junio de 2020, todos del Ministerio de Salud; y a lo dispuesto en la normativa sanitaria vigente aplicable al efecto”.

38° Los delitos y sanciones obedecen a “un mismo fundamento” cuando se trate de un mismo “bien jurídico” y de una “misma lesión”. Y en este caso resulta claro que nos encontramos frente a un “mismo bien jurídico” puesto que el peligro penal exigido sobre la salud pública se sostiene sobre la infracción de reglamentos de salud pública que están acreditados como la base del tipo penal y que están enunciados en la solicitud de audiencia para la formalización. En tal sentido, hay identidad.

39° Ahora bien, también el “mismo fundamento” requiere que se produzca una “misma lesión”, y nuevamente esa lesión perseguida en el ámbito administrativo supone un grado de afectación que, a partir de la reforma de la Ley 21.240 de junio de 2020, implica una gradualidad que pone al delito base del artículo 318 del Código Penal en el punto de partida del peligro penal. Ese peligro real debe configurar un riesgo real en el ámbito penal, según nuestro voto de minoría respecto del artículo 318 del Código Penal, pero en el ámbito administrativo es concurrente con similar criterio inicial de ponderación penal desde una perspectiva abstracta.

40° La potestad punitiva del Estado es unitaria y se diversifica en procedimientos distintos a objeto de englobar la totalidad de las infracciones a los bienes jurídicos lesionados.



En último término, también concurre la identidad de fundamento, dado que el castigo de la infracción tanto en sede penal como en sede administrativa persigue la protección de un bien jurídico idéntico, cual es la salud pública. Al respecto, la STC 3054, citando a Lucía Alarcón, afirma que la identidad de fundamento comprende dos identidades: la del bien jurídico protegido y la de la lesión a ese bien y, en tal sentido, para que se configure la citada identidad de fundamento el castigo debe “sancionar toda la ilicitud y [reprochar] todo el daño ocasionado al bien jurídico”, considerando que “un hecho podrá generar múltiples infracciones a diversos bienes jurídicos o diferentes hechos pueden vulnerar un solo bien jurídico” (c. 31º). En el presente caso, se trata de un solo hecho, que afecta un mismo bien jurídico, toda vez que lo sancionado es la infracción a una misma medida sanitaria de cuarentena dispuesta por la autoridad competente para enfrentar la pandemia generada por el covid-19, sin contar con el permiso de desplazamiento debido, poniendo en riesgo la salud de la población.

41º Sin embargo, igual lesión e idéntico fundamento deben concretarse en una perspectiva real en los casos específicos. Solo hay vulneración definitiva del principio *non bis in ídem* cuando efectivamente exista un juzgamiento previo a una misma persona, por unos mismos hechos y por idéntico fundamento, y respecto de los cuales nos encontremos frente a un asunto fenecido, en los términos indicados por el artículo 76 de la Constitución.

Siguiendo un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hay casos en que a pesar de que se impongan dos sanciones respecto de los mismos hechos, por diferentes autoridades en distintos procesos, hay una conexión cercana entre ellos, sustancial y temporal. En esos casos, se ha estimado que no ha existido una doble punición y doble juicio, sino que ha habido sólo un juzgamiento. [Nilsson v. Sweden, 2005. Citado en Lucky Dev. v. Sweden, 27 de noviembre 2014, párr. 61) “The conclusion in those cases was that the individuals were not tried or punished again for an offence for which they had already been finally convicted and that there was thus no repetition of the proceedings.”]

Sin embargo, no resulta ser éste el caso en autos existiendo nítidamente procesos separados y donde la conexión puede o no producirse.

42º En consecuencia concurrimos a acoger esta acción de inaplicabilidad respecto de esta infracción constitucional en cuanto, *prima facie*, se han cumplido los requisitos que evidencian esta infracción potencial de la vertiente material del *non bis in ídem*, la que aún está en curso de consolidarse. Es evidente que cuando nos encontramos frente a una vulneración del *non bis in ídem*, a la vez existe una infracción al principio de proporcionalidad, puesto que se está sobresancionando. Importantes autores del medio local la refieren teóricamente con buenos fundamentos. ¿Cómo no concebir como desproporcionada una sanción duplicada a la misma persona por los mismos hechos y fundamentos? [Ver Ossandón Widow, María Magdalena (2009), *La formulación de tipos penales*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 476-



477 y Mañalich, Juan Pablo, "El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio". *Política Criminal*, Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), pp. 548-9.]

43° Por último cabe constatar que el alcance sobre la vulneración del non bis in idem no abarca el ámbito disciplinario.

En tal sentido, en cuanto al procedimiento disciplinario que se promueve en contra de los requirentes Roberto Contreras y Patricio Rosas por la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, el Tribunal Constitucional ha señalado que, atendido los bienes jurídicos distintos protegidos en los procedimientos penales y en los disciplinarios, no hay vulneración al principio non bis in idem (STC 4767, c. 40°).

El Ministro señor NELSON POZO SILVA estuvo por declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal, por las siguientes razones:

I.- GENERALIDADES

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

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

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



II.- LEY PENAL EN BLANCO PROPIA

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

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

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

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

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



III.- DELITOS DE PELIGRO

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

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

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

10°. Que cuando los juristas hablan de la “**necesidad de ofensividad**” se refieren a una condición imprescindible para apreciar una infracción penal: que la conducta de una persona o un grupo haya dañado o puesto gravemente en peligro el bien o interés que la ley, mediante amenaza, quería proteger (haya “ofendido”). Si no se exigiera una condición de esa clase, que es de carácter objetivo, se castigaría por igual, por ejemplo, un intento de lesionar “viable” y otro absolutamente inviable. Las conductas que se castigan no reciben ese castigo solamente porque estaban prohibidas, sino porque además hacían daño. De no ser así, lo único que explicaría la razón de ser de las leyes punitivas sería el principio de autoridad, y eso, en un Estado de Derecho “democrático”, es inadmisibles, tanto para el derecho penal como para el Derecho sancionador administrativo y en el Derecho constitucional.

11°. Que una parte importante del debate en torno a la aplicación del artículo 318 del Código Penal, en un el contexto de pandemia tiene que ver, en primer término,



con si este ilícito se inscribe dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto o concreto. Así, quienes estiman que conforma un delito del primer grupo sustentan que el solo quebrantamiento de la cuarentena, por ejemplo, salir de casa sin la autorización dispuesta por la policía, hace presumir un peligro para la salud pública, desde que, como indica el tipo penal, tal conducta importa la infracción de reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de epidemia.

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

IV.- HISTORIA DE LA NORMA

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

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

13°. Que el profesor Juan Pablo Mañalich señala que “El artículo 318 del Código Penal, antes y después de la modificación de junio de este año, tipificaba y sigue tipificando un delito de peligro abstracto contra un bien jurídico individual, que deberíamos identificar con la salud de cualquiera persona natural. Parece fundada la tesis de que, tanto el artículo 318 como el artículo 318 bis, tienen el carácter de leyes penales en blanco propias, por lo que esto debería llevar a preguntarnos si los estándares que el Tribunal Constitucional chileno ha fijado para determinar la aceptabilidad constitucional de esa particular técnica legislativa se ven o no



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

V.- PRINCIPIO DE LESIVIDAD U OFENSIVIDAD

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

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

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

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

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

15°. Que por su parte Carlos Nino afirmó que “todo delito lesiona un bien jurídico...de modo que no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido” (Nino, Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica, México, UNAM,



1974, p. 56). El principio de dañosidad social es correlativo a la protección de bienes jurídicos, en el entendido que la conducta humana solamente puede ser un injusto punible si lesiona un bien jurídico, de modo que la conducta ilícita lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, que lesiona bienes jurídicos.

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

VI.- IMPUTACIÓN Y EL DELITO DE PELIGRO CONTROVERTIDO

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

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

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

17°. Que los criterios para estimar al principio de lesividad u ofensividad como elementos que escapan a la constitucionalización sin visualizar estándares de racionalidad que debe asistir al legislador al momento de creación de la norma, resulta pertinente esgrimir que, en los delitos de peligro abstracto, conforman una especie de presunción de derecho de existencia del peligro, que por lo mismo se priva a la noción de peligro de toda función en la estructura del tipo, es decir, el injusto. Se está



construyendo un delito a partir de un concepto vacío, de una mera idealidad (una ficción).

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

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

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

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

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



VIII.- PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL

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

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

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

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

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

Por último, la proporcionalidad en sentido estricto significa que la intervención penal requiere un juicio de ponderación que compare la gravedad de la



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

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

IX.- INFRACCIONES MANIFIESTAS DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL

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

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



la legitimidad de los delitos de peligro abstracto y, en segundo lugar, una precisa y rigurosa caracterización de los delitos de peligro concreto, dado que el daño como el peligro eventual, configurados como elementos constitutivos de delito deberán ser objeto de prueba a cargo de la parte acusadora.

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

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

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

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



por el persecutor penal si “*ex ante*” la conducta era idónea para afectar la salud pública.

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

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

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

X.- EN RELACIÓN AL NON BIS IN IDEM

28°. Que en cuanto a la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador lo que existe es “una auténtica identidad ontológica entre ambos órdenes o bien de la mera aspiración por evitar contradicciones y tensiones históricas, esta tesis ha tenido la virtud de ordenar el panorama de fuentes represivas bajo un aparente orden Kelseniano, donde normas de mayor amplitud y jerarquía, las del poder punitivo estatal, luego descienden por los peldaños que conducen a sus dos manifestaciones básicas: la judicial penal y la administrativa sancionadora”. (Alejandro Nieto García, Derecho administrativo sancionador, Madrid, Ed. Tecnos, 2011, p. 124).

En este sentido el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido que “aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas



forman parte de una misma actividad sancionatoria del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la justicia en el ejercicio de los derechos” (STC Rol N°479/c.8°. Así también: SCS Rol N°10.045/2011, c.4°).

29°. “Sea como sea, y volviendo al tema del non bis in ídem en el Derecho Administrativo, tenemos la premisa mayor de que el Derecho Administrativo Sancionador encuentra su régimen jurídico, por regla general y/o con matices, en los principios de orden penal contemplados en la Constitución. Ahora bien ¿es el non bis in ídem un principio penal contemplado en la Carta Fundamental? La respuesta es afirmativa y contundente; pese a su falta de consagración expresa, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas oportunidades que “el non bis in ídem” es un principio básico y esencial de todo ordenamiento penal democrático y que “su fundamento constitucional deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en la normativa pertinente a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”, lo cual constituye nuestra premisa menor.

Y así, a la luz de las dos premisas expuestas no podemos sino concluir que el principio non bis in ídem es un postulado que debe regir la actividad sancionadora de la Administración. Por lo tanto, corresponde ahora incardinar nuestros esfuerzos a explicar, al menos teóricamente, cómo es que dicho principio puede aplicarse en el Derecho Administrativo, cuáles son sus requisitos, ámbitos de aplicación y excepciones; camino durante el cual nos atravesaremos con dificultades varias, que van desde la contaminación de ideas ajenas al non bis in ídem que se han venido aplicando por la práctica de los órganos públicos, así como la falta de acuerdo en sus presupuestos operativos” (Matías Lepe Contreras, Non bis in ídem: Un estudio propedéutico del principio en el derecho administrativo chileno, Memoria Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2016, p.p. 49 -50).

30°. Que un hito fundamental fue la sentencia ya famosa emitida por el Tribunal Constitucional Español en los años 80 del siglo pasado (STS de 30 de enero de 1981), donde se estableció “que una situación de bis in ídem prohibida se produce si dos sanciones se imponen a una misma persona por un mismo hecho y con base en un mismo fundamento. En caso de concurrencia de una sanción penal con una administrativa, lo que se discute especialmente es si tiene lugar la llamada identidad de fundamento. Esta discusión obliga a analizar aquello que sustenta la imposición de cada una de las sanciones concurrentes, esto es, el delito en el caso de la pena y la infracción administrativa respecto de la sanción administrativa” (Percy García Caveró, “El principio del ne bis in ídem material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa”, Polít. Crim. Vol. 11, N°21 (Julio 2016), Art. 2, pp. 21-33. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A2.pdf]).



El dilema de determinar si la imposición conjunta de pena e infracción administrativa constituye una sobreacción sancionatoria, sino se tiene claridad de la relación funcional entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.

La tesis mayoritaria sostiene que, entre el delito y la infracción administrativa, solamente existe una distinción cuantitativa, sin importar los distintos matices, en la cual prima la idea central es que ambos tipos de injustos están constituidos por la lesión de un bien jurídico, radicando la diferencia únicamente en la mayor gravedad de la lesión que da lugar al delito (Bajo Fernández, Miguel, “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, InDret 3/2008, p.2).

31°. Que dado lo anterior la sanción administrativa no podrá concurrir válidamente con la pena, a no ser que se sustente en un hecho distinto o recaiga sobre un sujeto distinto.

Una opinión minoritaria de la doctrina hace diferencia en una tesis que es casi residual donde la diferencia cualitativa entre el delito y la infracción administrativa lleva a una conclusión contraria, para esa escuela el injusto del delito responde a la lesión de un bien jurídico, mientras que la infracción administrativa centra su desvalor en otros aspectos como la falta de obediencia a la relación de dependencia con la autoridad estatal o a la afectación del funcionamiento global de sectores sociales como el sistema financiero, el sistema crediticio, la administración pública etc. (García Cavero, Percy, Derecho penal económico, Parte General, 3ª ed., Lima: Jurista Editores, 2014, p. 141 y s.).

32°. Que sin embargo, es posible inferir que la persecución múltiple, si así lo decide la Administración – negar el non bis in ídem adjetivo o procesal -, ello no es óbice en un criterio cronológico, en virtud del cual prevalecerá la primera sanción impuesta, por aplicación más bien del non bis in ídem material, recurriendo a la argumentación de Manuel Rebollo Puig, quien expresa : “ [...] si eventualmente llegara a producirse una segunda sanción, se impugnará esta y será anulada por los tribunales como vulneradora del non bis in ídem (sólo si procede, en caso contrario se mantendrán las múltiples sanciones). Así, en la práctica más que los criterios lógicos de la resolución de los concursos imperan una pura preferencia temporal” (Manuel Rebollo Puig, Inspección y régimen sancionador, en Lozano Cutanda, Blanca (Ed.) comentario a la ley del ruido (Madrid, Ed. Civitas, 2004), p. 334).

De lo anterior resulta concluyente que prevalecerá la decisión sancionadora del órgano que primero resuelve.

33°. El profesor Jorge Bermúdez Soto en sus palabras dice, que “este caso es necesario de ser destacado, porque nos podemos encontrar con dos sanciones distintas, de diversa identidad, dado que correspondan a normativas y bienes jurídicos distintos. Por ejemplo, si un mismo hecho, en un orden tiene como sanción una multa y en otro la revocación del acto administrativo favorable. El infractor analizará si paga la multa o espera la revocación. Sin embargo, no es un derecho



particular optar por una u otra sanción, por lo que debe ser la propia Administración la que coordinadamente actúe y aplique una de las dos sanciones” (Jorge Bermúdez Soto, Fundamentos y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental, en Revista de Derecho de la PUCV, 40 (2013), 1, pp. 421-447).

34°. Que lo anterior no puede dejar de reconocerse, por lo menos en un escenario o materia respecto a que ya no hay una diferencia radical entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, a partir del surgimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas y la denominada estandarización bajo el modelo vicarial propia del compliance donde la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas trastocó los criterios derivativos propios de la actuación de sus administradores (Regulación española. InDret, Revista para el análisis del Derecho (enero 2012): 14-19).

35°. Que la existencia del principio non bis in ídem en el Derecho administrativo sancionador no es un tema nuevo, por lo que lejos de haberse esclarecido, su irrupción se inserta en la necesidad de dotar a las sanciones administrativas de un régimen jurídico consolidado. Son hechos pacíficos: la teoría del ius puniendi unitario con las materias penales, que se reconoce la aplicación de las garantías penales inspiradas en la Constitución con matices, que ambos – penas y sanciones administrativas – comulgan con los principios generales del Derecho punitivo en nuestro país.

36°. Que también no se controvierte el non bis in ídem procesal, lo cual no podría llevar a que existan dos o más expedientes sancionatorios de manera simultánea, ni reabrir expedientes ya terminados por la vía de la revocación, con la sola excepción de los presupuestos de una invalidación.

En el plano del non bis in ídem material se construye sobre la base de la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos. Adecuándose a la técnica del concurso aparente de leyes, puesto que solo no se ilustra cuando hay infracción del principio, sino que además cuál de las normas en conflicto deberá quedar descartada, lo cual sólo podrá realizarse en el evento que el operador jurídico se enfrente a las normas en conflicto. Que el factor clave en el sistema de enjuiciamiento de las sanciones administrativas, el órgano sancionador deberá hacer primar un criterio de carácter cronológico, en virtud de la prevalencia de la primera sanción impuesta, dado que se cumple el requisito ya expresado como presupuesto en el motivo 35 de este voto particular.

37°. Que, si también resultare de la aplicación de sanciones punitivas y sanciones administrativas una desproporción en el castigo, deberá ponderarse el principio general de proporcionalidad, siendo el parámetro que medie la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico de la imposición, a los efectos de rever el quantum sancionatorio y/o punitivo de la infracción penal y administrativa concurrentes.



38°. Que la jurisprudencia sobre el non bis in ídem de esta Magistratura ha dicho que: “Uno de los principios básicos en el orden penal lo constituye el “Ne bis in ídem” en cuanto prohíbe aplicar a un sujeto, una doble sanción por los mismos hechos, y aun siendo que la Carta Fundamental no lo consagra expresamente, se entiende que es un elemento esencial en el concepto del debido proceso consagrado en el inciso sexto del numeral 3 del artículo 19 constitucional. (STC 3630 c. 11). Agregando que: “pese a que este principio no se encuentra consagrado en nuestra Constitución, por aplicación del mandato del artículo 5°, inciso segundo, que reconoce como fuente de esos derechos a la Constitución y a los tratados internacionales que hayan sido ratificados por Chile y se encuentren vigentes, éste debe incluirse dentro del conjunto de derechos que deben ser respetados y promovidos por los Órganos del Estado.” (STC 2133 c. 26) (En el mismo sentido, STC 2896 c. 3, STC 3029 c. 12).

En el mismo sentido y complementando lo antes razonado **este órgano señaló:** “El principio por el cual por un mismo hecho delictivo el responsable no puede sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución penal, conocido como “non bis in ídem” es base esencial de todo ordenamiento penal democrático. Dicha interdicción del juzgamiento y la sanción se sustentan en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad Su fundamento constitucional emana de la dignidad personal y del respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Su transgresión constituye un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de la garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos.” (STC 2045 c. 4) (En el mismo sentido, STC 2773 c. 31, STC 2896 cc. 4 y 14, STC 3000 c. 7, STC 3058 c. 46, STC 4795 c. 46, STC 4381 c. 52).

39°. De la misma manera se caracteriza que la multiplicidad de penas punitivas o infracciones contravencionales pueden afectar el instituto en comento, se ha dictaminado por este tribunal lo siguientes: “En la figura de acumulación de infracciones o contravenciones graves o gravísimas, contemplada en la Ley de Tránsito, se contraría el principio del non bis in ídem, pues en todos los procesos vinculados se tutela el mismo bien jurídico. Así mismo, no se describe ningún comportamiento o conducta entendido como acto voluntario, no habiendo acción que pueda configurar el hecho típico, vulnerando al mismo tiempo el principio de tipicidad.” (STC 2045 c. 5) (En el mismo sentido, STC 2896 cc. 5, 13 y 20, STC 3000 cc. 10 y 12).

40°. Surge: “La pregunta fundamental en causas con procedimientos distintos, en donde se combinan reglas punitivas superpuestas, es saber precisar cuándo nos encontramos frente a “lo mismo”. Es esencial ante de analizar la prohibición del “bis”, el despejar el “ídem”. “Lo mismo” o el “ídem”, se equipara a la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento. Basta que falta una de ellas para que los supuestos punitivos operen con independencia y no se anulen constitucionalmente por el principio del non bis in ídem. Entonces: (i) el sujeto debe ser el mismo. (ii) En cuanto a la identificación de los hechos, se entiende que existe uno solo cuando la actuación



corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista) y sea valorado unilateralmente en un tipo (criterio normativo). (iii) El mismo fundamento corresponderá cuando el bien jurídico tutelado sea de idéntico tenor en ambos ordenamientos penal y administrativo que orientan la punición. Con todo, sobre este último punto, se recalca que el criterio así formulado impide dilucidar casos complejos, y en tal situación, lo conveniente es pensar, como un aspecto indiciario, que haya identidad del bien jurídico protegido cuando se deriva de la misma ley sectorial. Pero, aun así, la doctrina sugiere analizar cómo mediante el castigo se logre sancionar toda la ilicitud y se reproche todo el daño ocasionado al bien jurídico (identidad de lesión al bien jurídico)". (STC 3385 cc. 23 a 30 Cap. I).

41°. Que en el análisis del problema constitucional deducido resulta a lo menos implícito que la interpretación de algunas disposiciones contenidas en nuestra Carta Fundamental y los Tratados Internacionales una forma de consagración indubitada. La formulación del non bis in ídem y su extensión derivan a partir de los principios de legalidad (artículo sexto), tipicidad y taxatividad (artículo 19, N° 3, inciso final) en la medida que establecen límites tanto al legislador, como a la judicatura y a la administración en el ejercicio del ius puniendi.

También se involucra el principio de proporcionalidad (artículo 19, N° 3, inciso octavo), al establecer la aplicación racional de las medidas sancionatorias punitivas y sancionatorias administrativas. Lo anterior se complementa con el artículo 76 de la Constitución, en la medida que se desprende el principio de cosa juzgada, y la imposibilidad a partir de esa normativa de proteger de una nueva sanción por un hecho ya castigado.

42°. En el plano internacional el non bis in ídem está consagrado en el artículo 14, N° 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el artículo 8°, N° 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, pactos que obligan a nuestro país y que gozan de una jerarquía especial, conforme lo dispuesto en el artículo 5°, inciso segundo de nuestra Constitución.

43°. Esta Magistratura ha sostenido en sentencias STC Rol N° 2133, c. 26, reiterado en STC Roles 2896, c.3 y 3029, c. 12, que por aplicación del citado mandato del artículo 5, inciso segundo de la Carta Política, que reconoce como fuente de esos derechos a la Constitución y los Tratados Internacionales que han sido ratificados por Chile y se encuentren vigentes, lo cual comprende que deben incluirse dentro del variopinto conjunto de derechos que no solo deben ser respetados sino que también promovidos por los órganos del Estado. Complementa lo anterior la sentencia de este órgano constitucional Rol N° 8484-20, la cual advierte sobre el principio de la proporcionalidad derivada de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

44°. Que resulta pertinente transcribir el motivo séptimo de la sentencia Rol N° 8484-20, el cual expresa textualmente: "Que como se advierte y, en lo que nos interesa, la prohibición de nos in idem o doble sanción se expresa en la imposibilidad que pesa



sobre el órgano de sancionar dos o más veces, la misma conducta, respecto del mismo sujeto y por iguales fundamentos. Esta triple identidad funciona como salvaguarda de los intereses y derechos del sancionado, el cual puede tener la certeza de que, frente a una determinada infracción, la administración no puede abusar de sus facultades aplicando más de una medida como respuesta punitiva.”.

45°. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español al señalar que “el principio non bis in ídem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (artículo 25.7 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones” (Sentencia de 2/2003, de 16 de enero, y 48/2007, de 12 de marzo).

46°. Igualmente, la jurisprudencia mexicana ha dicho que el principio del non bis in ídem, que “prohíbe el doble enjuiciamiento por el mismo delito, contenido en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consigna una garantía de seguridad jurídica, cuyo propósito es proteger al gobernado que ha sido juzgado por determinados hechos, para que no sea sometido a un nuevo proceso por ese motivo, lo que implica la certeza de que no se le sancione varias veces por la misma conducta. Sin embargo, dicha garantía no es exclusiva de la materia penal, pues en términos del artículo 14 constitucional, la seguridad jurídica debe regir en todas las ramas del derecho y, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva del Estado, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador, puede acudir a los principios penales sustantivos. Por tanto, el principio non bis in ídem es aplicable al derecho administrativo sancionador, porque, en sentido amplio, una sanción administrativa guarda similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico, y ya sea que se incumpla lo ordenado o se realice lo prohibido, tanto el derecho penal como el administrativo sancionador resultan ser inequívocas manifestaciones de la facultad del Estado de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos, en la inteligencia de que la traslación de las garantías en materia penal en cuanto a grados de exigencia, no puede hacerse automáticamente, pues su aplicación al procedimiento administrativo sólo es posible, en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. (Sanción Administrativa. Límites constitucionales, el caso de la judicatura federal, Pozo, Rozas y Guzmán Wolffer, México, Ed. Lectorum, noviembre 2020, pp. 196 y 197.).

XI.- CONCLUSIONES

47°. Que atendido lo razonado en los motivos expuestos no cabe más que acoger el requerimiento deducido a fojas 1 y ss. de estos autos.



Los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y RODRIGO PICA FLORES, concurren a acoger el requerimiento, además, conforme a los siguientes razonamientos:

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

2°. Que, 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°. Que, a su vez debe tenerse presente la diferencia y la interrelación recíproca entre los principios de legalidad y de tipicidad en materia penal. En este sentido, el segundo tiene un contenido propio, en tanto opera como una de las concreciones del primero. En este orden, el principio de legalidad satisface un estándar, cual es la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en una norma que tenga el rango y la fuerza de ley, además de ser derecho legislado en el sentido formal. Por su parte, la garantía de tipicidad requiere, para ser satisfecha, la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta (ver roles N°s 244 c. 10; 480 c. 5; 2666 c. 27; 2744 c. 29; 2953 c. 28). Por otra parte, el principio de tipicidad exige que el legislador haya realizado *“la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas que constituyen la materia de la prohibición para cada delito”* (Cury, Derecho Penal, Tomo I, p.229), de esta forma siguiendo a Zaffaroni, Muñoz Conde y Cury, el delito, ya tipificado, puede ser entendido como *“la infracción de un deber ético social fundamental”* (Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Cuarta edición, 2007, Editorial Jurídica de Chile, p. 58).

4°. Que, 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°. Que, desde esa perspectiva debe ser analizado el fenómeno de las llamadas “leyes penales en blanco”, descritas como “*aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria*” (Hans-Heinrich Jescheck: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 150). También se ha señalado que “*la ley penal en blanco es aquella que determina la sanción aplicable, describiendo sólo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresamente o tácitamente*” (Enrique Cury, La ley penal en blanco, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1988, p. 38);

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

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

8°. Que, 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°. Que, en un ejercicio de interpretación originalista y de permisivismo relativo, este Tribunal ha admitido la existencia de leyes penales en blanco propias bajo estándares restrictivos (ver, entre otras, sentencias Roles N°s 24, 306, 468; 559; 781; 1973; 2716; 2773; 5304), que pueden resumirse en:

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

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

- Que sea publicado en el Diario Oficial

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

11°. Que, 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°. Que, queda claro que la delimitación del tipo no es clara ni delimitada en su núcleo esencial por la ley, al punto que no se cumple el estándar de descripción suficiente ni de ley cierta, de acuerdo a los estándares de permisividad de leyes penales determinados por esta Magistratura a partir de su sentencia Rol N° 24, al no ser reconocibles los límites y elementos de la conducta tipificada. Adicionalmente, resalta el incumplimiento de tales estándares al poder ser complementada la norma impugnada por actos administrativos de efectos particulares y diferentes de un reglamento general y abstracto.

13°. Que, 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°. Que, adicionalmente, este voto no incursionará en la discusión acerca de ser o no una ley penal abierta por motivos adicionales a los expuestos, ni tampoco acerca de eventuales infracciones del principio de culpabilidad al contrastar el precepto cuestionado con el artículo 318 bis del mismo cuerpo legal.

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



traducirse además en una cuestión de validez de actos y resoluciones del proceso penal.

Redactó la sentencia el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN. Las prevenciones fueron redactadas por los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA y RODRIGO PICA FLORES, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9373-20-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, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, 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.

Se certifica que el Ministro señor NELSON POZO SILVA concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con feriado legal.

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.