

II. Derecho Penal (Parte Especial)

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TC ROL N° 8950-2020 (5 DE ENERO DE 2021) REFERIDA AL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

CRISTÓBAL IZQUIERDO SÁNCHEZ
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y DE LA ESTRUCTURA FUNDAMENTAL DE LA SENTENCIA COMENTADA

Los hechos que, a instancia de la jueza del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, suscitaron el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC en adelante) sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 318¹ del Código penal chileno (CP en adelante), son los siguientes:

El día 25 de junio de 2020, alrededor de las 12:39 horas, el requerido Víctor Manuel Soto Díaz, ya individualizado, fue sorprendido por funcionarios de Carabineros de Chile, circulando en la vía pública, específicamente en Avenida Ossa con Avenida Larraín, La Reina, no manteniendo permiso temporal o permiso único colectivo que lo habilite para ello, infringiendo de esta forma la Resolución Exenta N° 373, de fecha 20 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud, que decretó diversas Medidas Sanitarias por Brote de COVID-19, en particular dispuso que los habitantes de las comunas de la Provincia de Santiago deban permanecer en aislamiento o cuarentena, es decir, en sus domicilios habituales a partir de las 22:00 horas del día 22 de mayo de 2020, y por el plazo 7 días, medida prorrogada por la Resolución Exenta N° 396 de fecha 27 de mayo de 2020, medida prorrogada por la Resolución Exenta N° 417 de 3 de junio de 2020, Resolución Exenta N° 448 de 10 de junio de 2020, Resolución Exenta N° 467 de 17 de junio de 2020, Resolución Exenta N° 479 de 26 de junio de 2020 y Resolución Exenta N° 504 de 1 de julio de 2020 con vigencia hasta el

¹ “Art 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”.

10 de julio de 2020, todas dictadas en el marco del D.S. N° 104 del Ministerio del Interior de fecha 18 de marzo de 2020, prorrogado por el D.S. N° 269 de fecha 12 de junio de 2020, que declara Estado de Excepción Constitucional de catástrofe por Calamidad Pública en todo el territorio nacional, poniendo de esta forma en peligro la salud pública en tiempo de catástrofe, epidemia y contagio².

El fallo del TC declaró inaplicable a los hechos recién transcritos la frase del art. 318 “presidio menor en su grado mínimo a medio o” la que corresponde a una sanción alternativa a la de multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales. La inaplicabilidad de esa “parte” de las sanciones prevista por el art. 318 –solo la referida al presidio– fue aprobada en virtud del voto favorable de cinco ministros del TC, junto con el voto contrario a la inaplicabilidad de otros cuatro ministros.

Los razonamientos presentes en la sentencia están distribuidos del modo siguiente. Un primer grupo de razonamientos favorables a la inaplicabilidad (siete argumentos) correspondió a los magistrados Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez. Un segundo bloque de razonamientos fue formulado por los magistrados Cristián Letelier Aguilar y Rodrigo Pica Flores (quince argumentos). Finalmente, el último y más extenso conjunto de razonamientos del voto de mayoría favorable a la inaplicabilidad (treinta y dos argumentos) lo presentó individualmente el ministro Nelson Pozo Silva.

El voto disidente minoritario se distribuyó en dos duplas de ministros. Por una parte, rechazaron el requerimiento de inaplicabilidad la presidenta del Tribunal María Luisa Brahm Barril junto al ministro Miguel Ángel Fernández González (treinta y siete razonamientos) y, por otra parte, también estuvieron por el rechazo los ministros Gonzalo García Pino y María Pía Silva Gallinato (treinta razonamientos).

II. CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN LOS ARGUMENTOS DE LOS INTERVINIENTES

Argumentos de la jueza requirente. El considerando primero de la sentencia alude con precisión al conflicto de constitucionalidad planteado ante el TC: “[q]ue, conforme se lee en la parte expositiva de esta sentencia, en el presente requerimiento de inaplicabilidad se impugna –por el tribunal de la causa *sub*

² Proceso penal RUC N° 2000657462-K, RIT N° 5595-2020, seguido ante el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

lite— la constitucionalidad del artículo 318 del CP, por dos géneros de razones: una, porque constituiría una ley penal en blanco, al remitir su determinación a reglas de higiene o de salubridad adoptadas por la autoridad administrativa del ramo; la otra, porque no existiría una relación de equilibrio o proporcionalidad entre la conducta que describe y el castigo que obliga a imponer”. Efectivamente, el problema de constitucionalidad planteado por la jueza de garantía requirente dice relación con el texto actual del art. 318 del CP³ que, a su juicio, infringiría los N°s. 2 y 3 del art. 19 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR) porque su aplicación al caso concreto atentaría contra los principios de proporcionalidad, legalidad e igualdad ante la ley. Adicionalmente, la requirente sostuvo que el art. 318 CP adolecería de un defecto constitucional por no indicar *parámetros objetivos* para la determinación de la sanción concreta y por otorgar una potestad discrecional amplia al Ministerio Público (en adelante MP) que, según la jueza requirente, sería ajena al Estado de Derecho por entregar a los fiscales la determinación de la cuantía de la pena sin *parámetros objetivos* para su precisión.

La requirente sostuvo que el texto del art. 318 del CP contradice el principio de legalidad previsto por el art. 19 N° 3 de la CPR, incisos 8° y 9°. Dicho principio establece un límite material por el que solo la ley puede sancionar las conductas prohibidas que, de acuerdo con la Constitución, la ley debe describir expresa y “sustantivamente”. En el caso que motiva el requerimiento dicho límite se habría visto vulnerado dado que el MP, en consideración del art. 318 del CP, considera infringidas normas reglamentarias de rango inferior al legal.

Argumentos de la Defensoría Penal Pública. Ésta adhirió a lo planteado por la requirente agregando la consideración de que el art. 318 del CP constituiría una ley penal en blanco propia, inconstitucional por abandonar a una norma infralegal la determinación del núcleo de la conducta sancionada. Señala la Defensoría que la sola lectura de la norma no permite desprender los elementos de tipicidad objetiva y subjetiva que se sanciona. La Defensoría señaló que el art. 318 del CP no es solo un tipo penal de conducta indeterminada sino un *delito sin conducta* que vulnera el principio de legalidad.

Argumentos del MP. Indicó que el modo en que el art. 318 del CP fija un marco penal aplicable sin parámetros de determinación de la pena es algo frecuente en nuestra legislación y que no son exigibles parámetros especí-

³ Art 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”.

ficos de establecimiento de la pena para ese tipo penal ya que las reglas de determinación de las penas se encuentran en el mismo CP. Por otra parte, señaló que en el caso concreto el MP solicitó la menor de las penas posibles (multa de 6 UTM) de modo que la crítica dirigida al art. 318 del CP debe considerarse enmarcada en un plano abstracto-teórico que, en consecuencia, resulta ser ajeno al control concreto de constitucionalidad. En esta misma línea, hizo presente el MP su autonomía constitucional para ejercer acusación cuando esta proceda y para requerir una determinada pena, siendo siempre el Tribunal competente quien se encuentra dotado de facultades para su imposición. Descartó asimismo el MP que existiera arbitrariedad en la latitud con que el acusador estatal puede acudir al procedimiento monitorio o al simplificado, ya que el Juez de Garantía perfectamente puede desestimar el primero y someter el asunto al segundo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 392 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), tal y como sucedió en el caso en cuestión. Agregó el MP que la determinación del procedimiento aplicable se rige por el art. 390 del CPP –artículo no objetado por el requerimiento de inaplicabilidad– y no por el art. 318 del CP.

El MP sostuvo la constitucionalidad de las leyes penales en blanco en los términos en que el propio TC viene sosteniendo desde la causa rol N° 24 de 1983⁴. Esta sentencia sentó el criterio por el cual la constitucionalidad depende de que el “núcleo esencial” de la conducta se encuentre efectivamente en la ley, lo que se cumpliría en el caso que generó la acción. El art. 318 del CP posee un verbo rector que consiste en infringir reglas higiénicas o de salubridad poniendo con ello en riesgo la salud pública. Lo anterior se encuentra además delimitado por dos condiciones: que se trate de reglas, higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, y que ocurra en tiempo

⁴ Todo indica que la referencia que quiso hacer el Ministerio Público corresponde a la causa rol N° 24 de 1984. Se trata del requerimiento formulado por la Junta de Gobierno, en virtud del artículo 82 N° 2 de la Constitución, respecto del proyecto de ley sobre Tráfico ilícito de Drogas y Estupefacientes. Es célebre en nuestro medio, en lo que respecta a la constitucionalidad de las leyes penales en blanco en Chile, su C. 3° en el que se sostiene “[n]o cabe duda, entonces, que la intención de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y del Consejo de Estado fue prohibir las llamadas leyes penales en blanco. Pero la H. Junta de Gobierno modificó este precepto eliminando la expresión ‘completa’ y dejándolo en los términos del actual inciso final del N° 3 del artículo 19, que sólo exige que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en la ley. Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa”.

de catástrofe, epidemia o contagio. De esta forma, el MP consideró cumplido el mandato de taxatividad encontrándose la conducta acotada y rodeada de exigencias de publicidad previstas expresamente.

Finalmente, señaló el MP que tanto la ciudadanía en general como el imputado conocieron la prohibición de desplazarse por las comunas declaradas en cuarentena, ya que las resoluciones exentas respectivas fueron publicadas en el Diario Oficial, y además la prohibición ha sido ampliamente difundida a través de los medios de comunicación social. Por este motivo, la alegación de desconocimiento de las reglas por falta de publicidad debe ser desestimada.

III. CONTEXTO LEGAL E INSTITUCIONAL-JUDICIAL EN EL QUE SE DICTA LA SENTENCIA COMENTADA Y SU POSTERIOR DESARROLLO

La sentencia que aquí se comenta tiene por fecha el 5 de enero de 2021 y se refiere al actual texto del art. 318 del CP, últimamente modificado por la Ley N° 21.240 publicada el 20 de junio de 2020 en medio de la pandemia de coronavirus que afecta a Chile y al resto del mundo. Esa reforma legal mantuvo inalterada la conducta incriminada en el art. 318 del CP, pero sí modificó de modo relevante su penalidad en los siguientes términos.

En primer lugar, se modificaron las penas. La pena privativa de libertad pasó de presidio menor en su grado mínimo a la de presidio menor en su grado mínimo a medio. La multa que como pena alternativa a la anterior se establece en el artículo 318 pasa a tener un límite superior de doscientas UTM en circunstancias de que, antes de esta reforma, la pena de multa podía llegar al límite máximo de veinte UTM.

En segundo lugar, la Ley N° 21.240 agregó al art. 318 del CP los siguientes incisos segundo y tercero que incorporan una agravante y una norma relativa al procedimiento penal: “[inc. 2°] 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. [Inc. 3°] 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”.

En tercer lugar, la Ley N° 21.240 añadió dos figuras delictivas nuevas al CP –art. 318 bis y art. 318 ter– que se relacionan directamente con el art. 318 del CP. La del art. 318 ter, sin embargo, no plantea mayor cuestión ni afecta

al modo en que debe ser interpretado el art. 318 del CP⁵. En cambio, el delito regulado por el art. 318 bis sí ha proporcionado elementos relevantes para interpretar el art. 318 porque, como se verá más adelante, su mayor penalidad genera la reflexión sobre el factor que explica que tanto la pena de presidio como la de multa, sean superiores en el art. 318 bis: “[a]rtículo 318 bis. El que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, genere, a sabiendas, riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”.

A continuación, se proporcionan algunos datos y consideraciones que buscan contextualizar el panorama institucional-judicial en medio del cual fue dictada la sentencia del TC rol N° 8950. Puede resultar de interés dar noticia, lo más brevemente posible, sobre el modo en que se ha desenvuelto el MP y nuestra judicatura superior en la persecución penal del delito del art. 318 del CP. Antes de la llegada del coronavirus a nuestro país, el 16 de enero de 2020, mediante Oficio N° 057/2020, el Fiscal Nacional actualizó la “instrucción general que imparte criterios generales de actuación en delitos contra el medio ambiente, la salud pública y el patrimonio cultural”. Dicho Oficio tomó posición sobre la clase de tipo penal previsto en el art. 318 del CP señalando que dicho precepto “establece una figura de peligro concreto”⁶. Este posicionamiento institucional se volvió insostenible a los pocos meses de su difusión debido al imponente incremento de casos en los que ciudadanos comenzaron a infringir las diversas restricciones a la libertad ambulatoria impuestas por la autoridad sanitaria, y al progresivo conocimiento científico y público que se fue alcanzando sobre el modo en que opera la enfermedad. Todo lo anterior hizo completamente inviable que la persecución penal a título del art. 318 del CP se supeditara a la consideración de que el infractor debía haber generado un peligro concreto contra la salud pública, ya que tal grado de concreción requeriría, por ejemplo,

⁵ Artículo 318 ter. “El que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, le ordene concurrir al lugar de desempeño de sus labores cuando éste sea distinto de su domicilio o residencia, y el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y una multa de diez a doscientas unidades tributarias mensuales por cada trabajador al que se le hubiere ordenado concurrir”.

⁶ Oficio del Fiscal Nacional del Ministerio Público N° 057/2020, p. 22.

una prueba PCR⁷ positiva o constatar que el infractor hubiera tenido contacto estrecho con un contagiado en los días previos a la infracción.

En un evidente vuelco interpretativo, a través de requerimientos en procedimientos monitorios el MP comenzó más tarde a perseguir a quienes han infringido las medidas adoptadas por la autoridad de salud sin contar con permisos de desplazamiento o salvoconductos en comunas que se encuentren en “cuarentena” [fase I del plan “Paso a Paso”⁸ o fuera del “toque de queda nocturno”. Este modo de proceder del MP ha ido acompañado de una re-interpretación del delito del art. 318 del CP, ahora concebido como un delito de peligro abstracto, de tal modo que el simple hecho de no cumplir con las medidas impuestas por la autoridad sanitaria conllevaría la aplicación de la sanción prevista por el referido artículo⁹. Hizo suya esta concepción sobre el art. 318 del CP la CA de San Miguel, en sentencia en la que acogió la apelación donde el MP manifestó la posición antes mencionada: “[...] la sola transgresión de las medidas adoptadas por la autoridad a fin de evitar los desplazamientos de las personas, transforman al hechor en un agente de peligro para la salud pública, en cuanto pasa a ser un vector potencial de difusión y contagio del virus, no siendo relevante si se encuentra o no contagiado con este, puesto que la conducta desplegada ha sido idónea potencialmente para provocar el contagio tanto propio como de terceros, [...]”¹⁰.

Es fácil advertir que ni la impracticable —en cuanto a sus consecuencias en la actual pandemia de coronavirus— interpretación del art. 318 como delito de peligro concreto ni la concepción simplista-formalista del mismo delito como uno de peligro abstracto resultan ser alternativas viables. Sí constituye, en cambio, una interpretación operativa y valorativamente aceptable la caracterización del art. 318 del CP como un delito de peligro abstracto-concreto (nomenclatura desafortunada, pero correcta en su contenido) o, mejor expresado, como delito de aptitud o idoneidad o, finalmente, de peligro hipotético. En esta línea interpretativa, explica Londoño que la “puesta en peligro para la salud pública” como requisito del tipo penal caracteriza la conducta punible como una portadora de “idoneidad, de especial relevancia o especial capacidad de

⁷ Siglas en inglés de “Reacción en Cadena de la Polimerasa”. Se trata de una prueba de diagnóstico que permite detectar un fragmento del material genético de un patógeno.

⁸ Hechos mencionados en sentencia CS de fecha 22 de abril de 2021, rol N° 28729-2021.

⁹ Consta este posicionamiento del MP en el C. 2° de sentencia de fecha 6 de julio de 2020, rol N° 1798-2020 de la CA de San Miguel.

¹⁰ Considerando 7°, sentencia CA de San Miguel de fecha 6 de julio de 2020, rol N° 1798-2020.

impacto en el plano sanitario, por intensidad y por capacidad de extensión”¹¹, de tal manera que una lesión concreta en la salud de algunas personas sea una consecuencia normal asociable a la infracción.

Felizmente y después (o en medio, quizá) de un intenso debate científico-doctrinal¹² y en ciertos medios de comunicación online, la CS fue dictando sentencias en las que poco a poco fue delimitando el campo regulativo del art. 318 del CP hasta llegar a declararlo expresamente como delito de peligro hipotético. Sin ánimo de plena exhaustividad, en marzo de 2021 la CS –C. 5º de la sentencia que acogió un recurso de nulidad de los imputados en causa rol N° 131966-2020–, estableció que *a priori*, la infracción de los reglamentos sanitarios no es idónea para generar un riesgo específico al bien jurídico de la salud pública, rigiendo el mismo criterio para la sola infracción al toque de queda¹³.

La sentencia de CS 20 de abril de 2021 supuso en esta materia un importante hito al acoger un recurso de nulidad contra una sentencia del Juzgado de Garantía de Talca, relativa a hechos supuestamente castigados por el art. 318 del CP (los imputados transitaron por la vía pública durante el toque de queda sin salvo conducto)¹⁴. En el C. 4º rechaza la CS la interpretación del art. 318 del CP como delito de peligro abstracto reducido a una mera o simple infracción formal de la normativa a la que remite el tipo penal. La CS explica que el delito en cuestión es uno que requiere un peligro abstracto-concreto (se trata de un

¹¹ LONDOÑO, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva Ley N° 21.240): más micro que macro...”, en *Criminal Justice Network* (2021), p. 522.

¹² Partidarios de interpretar el delito del art. 318 como uno de peligro abstracto de idoneidad: BALMACEDA, Gustavo, “Infracción de reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con peligro para la salud pública: propuesta de interpretación, Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública”. *Departamento de Estudios* (2020), pp. 1-23; DÍAZ, Paz y CARRAZANA, Sebastián, “Consideraciones sobre el artículo 318 del Código Penal y su relación con la infracción al toque de queda. Caso particular de las personas en situación de calle”, en *Revista de la Justicia Penal*, N° 14 Especial (2020), pp. 133-156; LONDOÑO, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva Ley N° 21.240): más micro que macro...”, en *Criminal Justice Network*, (2020); MALDONADO, Francisco, “Informe en Derecho: Constitucionalidad del delito previsto en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal”, (2020).

¹³ Sentencia de reemplazo de fecha 25 de marzo de 2021, en rol N° 125436-2020, que acogió recurso de nulidad por el imputado. En esta sentencia expuso la CS que si están dos personas más allá de 20 minutos de la hora de toque de queda nocturno, no genera una hipótesis de salud pública. Asimismo, se alzaron todas las cautelares del imputado.

¹⁴ Juzgado de Garantía de Talca, 1 de diciembre de 2020, RUC 2000443733-1, RIT 5392-2020.

delito “de peligro hipotético”¹⁵. La CS dictó sentencia de reemplazo reiterando la interpretación recién mencionada señalando además un par de ejemplos en los que, a su juicio, sí se cumpliría el requisito referido al “peligro hipotético” propio del tipo penal del art. 318 del CP: “[...] atendido que se trata de una figura de peligro hipotético, que requiere cuando menos una real idoneidad para generar el riesgo, lo que no se alcanza con el solo permanecer más allá de la hora permitida, en la vía pública, sin que se agregue que se dirigían a una reunión con otras personas o que de cualquier modo, generaran la hipótesis de un riesgo a la salud pública”¹⁶.

¹⁵ Sentencia CS 20 de abril de 2021, C. 4°: “[q]ue, analizando la naturaleza del peligro de la figura prevista en el artículo 318 del Código Penal, en su parte pertinente reza: ‘El que pusiere en peligro la salud por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...’. Se advierte que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública y castiga la conducta que genere un riesgo para ese bien jurídico; no sancionando simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería lo propio de un delito de peligro abstracto. Cuestión distinta es lo que dispone el artículo 318 bis del Código Penal, que sí contiene una exigencia de peligro concreto, pues el legislador se refiere al supuesto del riesgo generado a sabiendas, y por ende a un peligro específico y, concreto; que no elimina la primera exigencia del tipo del artículo 318, de manera que la comparación de los dos tipos penales, conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o ‘abstracto concreto’, que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo para generarlo, sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios, como es el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal”.

¹⁶ Considerando 1°, de la sentencia de CS rol N° 149239-2020. También alude la CS a otros casos en los que sí se podría tener por configurado el delito hipotético en el C. 5° de la SCS 20 de abril de 2021: “[...] la sola acción de deambular en la madrugada, por más infractora de normas administrativo reglamentarias y sancionable que resulte a ese tenor, no representó ningún peligro efectivo, ni tampoco hipotético, para la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia, ya que, por cuanto el toque de queda tiene como finalidad evitar el transitar para precaver reuniones nocturnas de grupos, como usualmente ocurre fuera del caso de emergencia actual, en locales, parques, plazas u otros sitios abiertos al público, de modo de impedir *aglomeraciones que –ellas sí– son a lo menos hipotéticamente peligrosas, idóneas para generar el riesgo*. Pero el estar, o deambular, incluso dos sujetos en calles desiertas, por muy prohibido que esté por la autoridad, no es en absoluto idóneo para generar riesgo a la salud pública. De hecho esa conducta sanitariamente hablando es más peligrosa, por la mayor afluencia de paseantes que le es connatural. *La sola infracción al toque de queda, entonces, no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora –y sancionable– en sede no penal y solo sería punible penalmente si conlleva una idoneidad de riesgo propia, lo que ocurriría por ejemplo si el infractor se dirigiera a un punto de reunión de varias personas, pero eso no se probó en el presente caso*”. La letra cursiva no está en el texto de la CS.

A la luz de estos últimos fallos de la Segunda Sala de la CS, el fiscal nacional del MP, don Jorge Abbott, a través de correo electrónico de fecha 4 de mayo de 2021¹⁷, señaló a los demás fiscales que si no se dan los presupuestos del riesgo hipotético no deberán perseguir el delito del art. 318 del CP, sino sugerir a los funcionarios policiales la remisión de los antecedentes a la Seremi de Salud¹⁸.

De la contextualización legal e institucional-judicial hasta aquí realizada se desprende que la materia sobre la que versó la sentencia del TC rol N° 8950 ha sido objeto de vaivenes interpretativos capaces de desorientar o confundir a cualquier ciudadano como potencial infractor y también, por qué no reconocerlo, a los propios jueces de garantía, fiscales del MP y magistrados de tribunales superiores. Todo indica que, según se acaba de explicar, la discusión e imprevisibilidad de las consecuencias que traen aparejadas los incumplimientos a medidas decretadas por la autoridad de Salud en tiempo de pandemia va en auspicioso declive.

Del panorama o contexto recién descrito el lector podrá fácilmente captar que el hecho específico que suscitó el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se encuentra entre las conductas que, de acuerdo con la última interpretación de la CS y las indicaciones del Fiscal Nacional, no deben siquiera dar lugar al inicio de una investigación penal.

¹⁷ Noticia disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2021/05/04/abbott-se-alinea-con-la-suprema-y-pide-a-fiscales-no-perseguir-por-art-318-si-no-se-acredita-riesgo.shtml>.

¹⁸ “1. Los fiscales *deberán tener presente los criterios casuísticos asentados por la Excma. Corte Suprema*, para casos de infracción al aislamiento nocturno, debiendo iniciar investigación penal sólo en aquellos casos donde se constate el riesgo hipotético requerido por la Excma. Corte Suprema. 2. En aquellos *casos en que no se den los presupuestos del riesgo hipotético* requerido por la jurisprudencia, al no tratarse de un asunto penal, los fiscales *deberán informar a los funcionarios policiales* encargados del procedimiento respectivo que el organismo facultado para imponer sanciones, ante la infracción sanitaria por ellos constatada, *corresponde a la Seremi de Salud competente*. En supuestos como los descritos, *los fiscales deberán sugerir a los funcionarios policiales la remisión de los antecedentes a la Autoridad Sanitaria correspondiente*, actitud que se fundamenta en el principio de coordinación consagrado en el inciso 2° del art. 5° de la L.O.C. N° 18.575 y las demás reglas pertinentes del Código Sanitario”. El destacado en cursivo aparece en el texto difundido por la prensa, disponible en: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/efectos-del-fallo-de-la-suprema-carabineros-cambia-criterios-para-detenciones-durante-toque-de-queda/M4EHSO6FTZEZBPJBDSNAC6XB5M/>.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA DEL TC ROL N° 8950. UN EJEMPLO ILUSTRATIVO

Los razonamientos del presente fallo del TC incluyen aseveraciones de signo contradictorio. Si bien lo anterior no debiera sorprender a nadie ya que se trata de un fallo dividido, la sentencia –sin embargo– evidencia un déficit de unidad de razonamientos o de consensos internos. Esta carencia de unidad se ve reflejada en el modo en que ocho de los ministros votaron en duplas para presentar razonamientos acordados solo entre dos de los miembros del TC, con la excepción del ministro Pozo que votó individualmente. De esta manera, la sentencia posee cinco cuerpos argumentativos (tres favorables al voto de mayoría y otros dos rechazando la inaplicabilidad) dispares en extensión y variopintos en lo que respecta a su contenido.

Comentar la presente sentencia supone un verdadero desafío si se pretende hallar en ella ciertas líneas argumentales comunes presentes en el voto de mayoría (dos duplas y un ministro en solitario, como ya se ha explicado) y, por su parte, otras líneas comunes y dignas de comentario en el voto de minoría. Lamentablemente, no parecen existir líneas argumentativas en un fallo tan importante como internamente desestructurado.

Valga como ejemplo de la anterior crítica al fallo comentado, el abanico de opiniones que los ministros van desgranando sobre el art. 318 del CP como ley penal en blanco (propia): a) el art. 318 del CP no es una ley penal en blanco¹⁹; b) dicho artículo corresponde a una ley penal en blanco propia inconstitucional²⁰; c) el art. 318 puede ser calificado como una ley penal en blanco y se sostiene que plantea “un serio problema la opción de admisibilidad de los tipos en blanco”, sin que al lector del fallo pueda quedar claro si tal calificación influyó en la decisión favorable a la inaplicabilidad (al parecer, no)²¹; d) el art. 318 CP es una ley penal en blanco conforme con la CPR²²; e) se reflexiona sobre el principio constitucional de legalidad penal contrastándolo con el art. 318 del CP sin referirse a si este artículo constituye una ley penal en blanco²³.

A juzgar por el tenor general del fallo favorable a la inaplicabilidad únicamente referida a la pena privativa de libertad prevista en el art. 318 del CP, y las expresas declaraciones favorables a la constitucionalidad de las leyes penales

¹⁹ Razonamiento 1° del voto conjunto de los ministros Aróstica y Vásquez.

²⁰ Razonamientos 12° y 13° del voto conjunto de los ministros Letelier y Pica.

²¹ Razonamientos 7° a 10° del voto individual del ministro Pozo.

²² Razonamientos 32° a 37° del voto conjunto de la presidenta Brahm y el ministro Fernández.

²³ Razonamientos 23° a 30° del voto conjunto de los ministros García y Silva.

en blanco bajo ciertos requisitos, puede considerarse que la sentencia TC rol N° 8950 no innova en esta materia. A quien escribe estas líneas parece convincente la aseveración que hizo presente el MP y parte del voto minoritario en orden a reconocer que el grado de publicidad de la normativa infralegal que opera como complemento del art. 318 del CP (ley penal en blanco propia) satisface plenamente el requisito de publicidad habitualmente exigido por el TC para sostener la constitucionalidad del recurso a esta técnica legislativa²⁴.

Si se concibe el principio de legalidad como una protección para los ciudadanos (potenciales delincuentes) que les garantizan sanciones penales previsibles ante conductas ilícitas suficientemente claras al momento de su ejecución, las condiciones de publicidad transmitida por medios de comunicación y redes sociales ciertamente han incrementado la garantía de previsibilidad aneja al principio de legalidad.

V. INAPLICABILIDAD DE LA PENA DE PRESIDIO Y POLÍTICA CRIMINAL DEL TC

Una de las pocas cosas que se pueden concluir de modo inequívoco en el presente fallo es la declaración mayoritaria de inaplicabilidad de la frase del art. 318 “presidio menor en su grado mínimo a medio o” como sanción alternativa a la de multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales se fundó en su desproporción²⁵. El fallo, sin embargo, no explica de modo convincente el motivo por el que la pena de presidio declarada inaplicable al caso por inconstitucionalidad fue considerada desproporcionada. Sí realizó esta labor argumentativa el académico y abogado VERGARA, en el informe en derecho presentado en otro requerimiento de inconstitucionalidad del mismo art. 318 del CP²⁶. El autor citado hace un pormenorizado análisis sobre la clase y medida de las penas asociadas a las leyes penales en blanco y sobre delitos que afectan bienes jurídicos personalísimos²⁷

²⁴ Razonamiento 27° ministros García y Silva; razonamientos 35° a 37° ministros Brahm y Fernández.

²⁵ Razonamiento 25° del voto individual del ministro Pozo; razonamiento 25° del voto individual del ministro Pozo; razonamientos 4° al 7° del voto conjunto de los ministros Aróstica y Vásquez; razonamiento 16° del voto disidente y conjunto de los ministros Brahm y Fernández.

²⁶ VERGARA, Alejandro, Informe en Derecho: “Inconstitucionalidad de la complementación del núcleo esencial de la tipificación de un delito mediante simples actos administrativos exentos (...)”, (2020).

²⁷ En este sentido, señala que se infringe el principio de proporcionalidad, dado que las sanciones son irrazonables y excesivas al compararlo con otras leyes penales en blanco, las

sosteniendo de modo categórico que la conducta punible del art. 318 del CP debe ser considerada únicamente como un ilícito de naturaleza administrativa²⁸.

Entre los razonamientos del voto de la mayoría pueden encontrarse otros argumentos proclives a la inconstitucionalidad “total” del art. 318 del CP por tratarse, supuestamente, de un “delito sin conducta” suficientemente descrita²⁹. Entre los más relevantes argumentos contrarios al art. 318 del CP destaca la afirmación de que el legislador penal chileno habría cometido un error al incluir la figura del art. 318 entre los crímenes y simples delitos por tratarse de un ilícito de bagatela³⁰. ¿No es este (y tantos otros en el fallo) un argumento o razonamiento de naturaleza político-criminal? A mayor abundamiento, en esta misma línea, en el voto de minoría se hace un interesante planteamiento sobre la ley penal como instrumento de administración de riesgos³¹. Tal reflexión también parece enmarcarse en el plano de una valoración político criminal.

La política criminal como labor argumentativa y valorativa no tiene perfiles o límites nítidos. Existe ciertamente una estrecha relación entre el derecho penal y la política criminal siendo posible sostener que el derecho penal de un país determinado es expresión de la política criminal de dicho país³². Sin embargo, parece convincente y adecuado distinguir entre la *praxis* de la política criminal y la política criminal teórica. En su vertiente práctica, la política criminal se refiere a acciones por las que se busca proteger a los individuos y la sociedad en

que además sí contienen el núcleo central de la conducta. Además, solo en las faltas se remite directamente a reglas o disposiciones administrativas.

²⁸ Esto, en cuanto infringe el principio de legalidad y de reserva de ley, ya que se sanciona una conducta indeterminada, dejada a normas de menor jerarquía, ni siquiera reglamentarias, sino que meros actos administrativos, no cumpliendo con el mismo estándar sentado por el TC que exige que se complemente por una norma, al menos, reglamentaria.

²⁹ Razonamientos 11° y 12°, ministros Letelier y Pica, en que sostiene que: “[q]ueda 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”.

³⁰ Cfr. razonamientos 8° a 10°, ministro Pozo. En el mismo sentido se puede ver lo planteado por el ministro en la vista de la causa en comento, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=rb_7gowllhA&t=237s específicamente a partir del segundo 1:39:00.

³¹ Razonamientos 12° a 18° de los ministros Silva y García.

³² Cfr. SILVA, Jesús, “Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal”, *Revista de Derecho* N° 8, Universidad Católica del Norte (2001).

la evitación de delitos. La política criminal teórica corresponde, por su parte, a principios que dotan de racionalidad a la *praxis* político criminal. Desde mi punto de vista, guste o no, el TC es un agente de política criminal cuando delibera y resuelve requerimientos de inaplicabilidad relativos a conductas delictivas y sus penas. Sin embargo, el TC –en el plano declarativo–, sostiene repetidamente que no le compete en propiedad el ejercicio de la política criminal.

En este sentido, en 2018 el TC reconoce que “[...] el legislador tiene primacía para efectuar decisiones de política criminal (STC rol N° 825), si se mantiene dentro de los límites constitucionales de la pena (prohibición de apremios ilegítimos, confiscación, tratos inhumanos y degradantes)”. Esto se reafirma en la prevención del ministro Pozo que señala que el legislador puede establecer delitos y penas acordes a una determinada política criminal “[...] en la medida que no afecten en la fijación concreta de la Política Criminal garantías fundamentales”³³. Esta misma idea se reitera en el voto de disidencia de los ministros Carmona, Peña, García y Hernández (C. 3°) “Que, *la política criminal la fija el legislador dentro de los límites de la Constitución*, no solo por cuestiones formales, ya que está atribuida directamente por la Constitución al primero, como una de las materias de ley, tanto en la determinación de las reglas penales como procesales penales (artículo 63, numeral 3° de la Constitución), sino que también por cuestiones sustantivas, ya que la intervención del legislador es el mecanismo de garantía normativa que permitió salir de la discrecionalidad administrativa en la configuración del injusto punitivo en una sociedad”. Así, concluyen que “[...] *el legislador tiene primacía en la creación de política criminal*, sujeto a algunos límites constitucionales, como el respeto a la dignidad humana (art. 1°) y a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales (art. 5°)”. Posteriormente, y siguiendo la lógica recién expuesta, el voto de disidencia rechaza la inaplicabilidad por entender que “[...] el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece límites para la política criminal pero no crea derechos a penas sustitutivas”, de lo que se infiere que la política criminal que está detrás del artículo impugnado no infringe, a juicio de estos ministros, los límites constitucionales respecto a su determinación”³⁴.

³³ TC C. 14°, rol 4120-17-INA, año 2018, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los arts. 1° inc. 2° de la Ley N° 18.216 y del art. 17 B, inc. 2°, de la Ley N° 17.798 (causa RUC N° 1601214338-2). En la causa, se buscaba sancionar al imputado por los delitos de amenazas, lesiones leves y porte ilegal de arma de fuego y municiones.

³⁴ En el mismo sentido, sentencia TC rol N° 2983-16-INA, 2016 C. 16°, especialmente; sentencia TC rol N° 8740-2020: C. 2° “(...) que no corresponde al Tribunal Constitucional sustituir

El TC sí hace política criminal cuando declara la inaplicabilidad de un precepto penal puesto que emite un juicio valorativo negando la punibilidad de una determinada conducta prevista como delictiva o negando la aplicación de una pena (como es el caso del presente requerimiento). A mi entender, que ejerza la política criminal no supone un problema en el entendido de que sus planteamientos se mueven en un plano “constitucionalmente condicionado” que, pese a su sujeción al texto y los principios constitucionales, no deja de ser una genuina y valiosa labor político criminal.

VI. OTROS ASPECTOS DEL FALLO COMENTADO

El fallo mayoritario que acogió la inaplicabilidad no lo hizo sobre la base del argumento de la requirente, referido a una supuesta ausencia de parámetros objetivos para determinar la pena. En lo que respecta a este punto, el voto de minoría argumentó, convincentemente a mi entender, que tales parámetros sí se encuentran previstos en el propio CP³⁵.

Uno de los principales problemas que plantea el art. 318 del CP es el relativo a su caracterización como delito de peligro abstracto-formal, de peligro concreto o, como punto intermedio entre las dos opciones anteriores, como delito de idoneidad o de peligro hipotético (también llamado, de peligro abstracto-concreto). El fallo del TC no es rotundo en esta materia. En él son citados los principales autores nacionales que han tratado el tema durante la pandemia³⁶, sin proponerse un posicionamiento definitivo. Sí se ha pronunciado sobre este aspecto la CS como se ha explicado más arriba en el presente comentario.

I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal.

al legislador democrático en las valoraciones que lo llevan a formular la política criminal, a menos que se sobrepasen los baremos constitucionales”.

³⁵ Razonamiento 29° del voto de disidencia de los ministros Brahm y Fernández.

³⁶ Londoño (razonamiento 15°, ministro Pozo; razonamiento 23°, ministros García y Silva); Maldonado (razonamiento 26°, ministros García y Silva); Mañalich (razonamiento 17°, ministro Pozo); y Salas (razonamiento 16°, ministro Pozo).

HECHOS

Se interpone un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 del Código Penal, en proceso penal seguido ante Juzgado de Garantía de Santiago. Tribunal acoge parcialmente el requerimiento declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la frase “presidio menor en su grado mínimo a medio o”, contenida en el artículo 318, inciso primero, del Código Penal.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (acogido parcialmente)*

TRIBUNAL: *Tribunal Constitucional*

ROL: *8950-2020, de 5 de enero de 2021*

PARTES: *Andrea Díaz-Muñoz Bagolini, Jueza Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago Ministros: Sr. Iván Aróstica Maldonado, Sr. Gonzalo García Pino, Sr. Cristián Letelier Aguilar, Sr. Nelson Pozo Silva, Sr. José Ignacio Vásquez Márquez, Sra. Pía Silva Gallinato, Sr. Miguel Ángel Fernández González y Sr. Rodrigo Pica Flores.*

DOCTRINA

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 los artículos 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. 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, conse-

cuencialmente, 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 (considerandos 30° y 31°).

Cita online: CI/JUR/3975/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 318 del Código Penal; 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.