



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DICTA SENTENCIA RESPECTO DE REQUERIMIENTO DE  
INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL

ROL N° 8950-20-INA

RESUMEN

1. El Pleno del Tribunal Constitucional dictó hoy, martes 5 de enero de 2021, **sentencia** respecto de un requerimiento de inaplicabilidad presentado por la señora Andrea Díaz-Muñoz Bagolini, Jueza Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en relación al **artículo 318 del Código Penal**. El requerimiento fue **acogido parcialmente**, declarándose la **inaplicabilidad** de la frase ***“presidio menor en su grado mínimo a medio o”***, contenida en dicha disposición legal, la que no podrá ser aplicada en un específico proceso penal que se tramita en dicho Tribunal.
2. El acuerdo fue adoptado el día 10 de septiembre de 2020. Sometido a votación, se obtuvo mayoría para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad únicamente de la frase que contempla una pena privativa de libertad en el artículo 318 del Código Penal. Desagregada, la votación fue del siguiente tenor:
  - a. **Estuvieron por acoger** la totalidad del requerimiento los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, y Rodrigo Pica Flores.
  - b. **Votaron por acoger parcialmente** la impugnación al artículo 318 del Código Penal y sólo en la frase ***“presidio menor en su grado mínimo a medio o”***, los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y José Ignacio Vásquez Márquez.
  - c. 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, estuvieron **por rechazar íntegramente** el requerimiento.
3. En consecuencia, se obtuvo mayoría únicamente para declarar la inaplicabilidad de la frase antes señalada, lo que se expresa en la sentencia a través de tres votos diferenciados, compartiendo el argumento común de que la **aplicación concreta del artículo 318 del Código Penal contraría las garantías del artículo 19, N°s 2 y 3, de la Constitución Política, en razón de su falta de proporcionalidad al contemplar como sanción una pena privativa de libertad.**
  - I. **El requerimiento de inaplicabilidad**
    - a. **Antecedentes de hecho**
      1. La jueza requirente indicó que conoce un proceso penal iniciado en procedimiento monitorio por la Fiscalía Local de Las Condes, del Ministerio Público. El persecutor penal señaló que Carabineros de Chile habría sorprendido a una persona transitando en la comuna de La Reina el día 25 de junio de 2020, no contando con permiso temporal y, con ello, infringiendo las medidas

sanitarias decretadas por el Ministerio de Salud que disponen cuarentena obligatoria en el marco del Estado Constitucional de Catástrofe dispuesto por el Presidente de la República.

**b. Conflictos presentados a la resolución del Tribunal Constitucional**

1. La jueza argumentó en su presentación dirigida al Tribunal Constitucional que, por la aplicación del artículo 318 del Código Penal, podría infringirse el artículo 19 N<sup>os</sup> 2 y 3, de la Constitución, en tanto se vulneraría, en el caso concreto, los principios de proporcionalidad, legalidad e igualdad ante la ley. Señaló que no existiría una relación de equilibrio entre el castigo que podría imponerse y la conducta que se imputa a una persona, puesto que el artículo 318 no entrega parámetros objetivos para seleccionar la sanción concreta.
2. Agregó que se solicitó por el Ministerio Público pena de 6 UTM, y si se hubiere propuesto 7 UTM como pena, desde el comienzo debió haberse requerido en procedimiento simplificado, y no en monitorio. Lo anterior es una potestad discrecional amplia, ajena al Estado de Derecho chileno, y que, peor aún, en el requerimiento presentado, no fueron explicitados antecedentes como circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y otros parámetros que permitan explicar la actuación del Ministerio Público. Así, señaló la jueza requirente, que *“el artículo 318 del Código Penal, no establece los criterios o factores que el Ministerio Público debió considerar al momento de seleccionar la concreta sanción a solicitar en este caso, quedando al solo arbitrio del ente fiscal optar por la multa que se detalla en dicha norma y no sólo eso, sino que además se permitió a la Fiscalía determinar su cuantía sin obedecer a parámetros objetivos para su determinación.”*.
3. Añadió que se afecta el principio de legalidad que prevé el artículo 19 N<sup>o</sup> 3, incisos octavo y noveno, de la Constitución, el que abarca no sólo un límite formal, por lo que sólo la ley puede sancionar las conductas prohibidas, sino también comprende un límite material al exigir que la ley describa expresamente aquella conducta humana que prohíbe y sanciona. Se exige desde la Constitución que la conducta a la que se ha atribuido una sanción que será aplicada al imputado, se encuentre sustantivamente descrita en una norma de rango legal, de manera que haya tenido una suficiente noticia previa acerca de la conducta que le resultaba exigible, lo que no sucedería en la especie, dado que el propio requerimiento que el Ministerio Público presentó contra el imputado, mencionaría normas de rango reglamentario como infringidas, no legales.
4. Admitido a tramitación y declarado admisible el requerimiento de inaplicabilidad por la Segunda Sala de este Tribunal, se hicieron parte la Defensoría Penal Pública, solicitando que éste fuera acogido, y el Ministerio Público, instando por su rechazo. La vista de la causa se desarrolló el día 10 de septiembre de 2020 con los alegatos de las partes, encontrándose disponible para su visualización en el siguiente sitio web: [https://www.youtube.com/watch?v=rb\\_7gowllhA&t=1080s](https://www.youtube.com/watch?v=rb_7gowllhA&t=1080s)

## II. Los votos de la sentencia. Argumentos para acoger el requerimiento

La sentencia que acogió parcialmente el requerimiento **se estructuró en tres votos**, que se sintetizan en los siguientes términos:

### 1º) Los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado (redactor) y José Ignacio Vásquez Márquez estuvieron por declarar la inaplicabilidad de la frase “*presidio menor en su grado mínimo a medio o*”, contenida en el artículo 318 del Código Penal

1. El artículo 318 del Código Penal no puede ser catalogado como una “ley en blanco”, entendiéndose por tal aquella que delega a un reglamento describir la conducta delictiva. En este caso la ley penal, en vez de remitir o enviar esta materia a una norma infralegal, invierte esa dirección y asume o toma para sí el resguardo de determinados actos de la autoridad sanitaria, cuya infracción puede “amenazar” o “poner en peligro” -he ahí su verbo rector- la salud pública.
2. Respecto del principio de tipicidad, resulta indemne si el artículo 318 no se emplea para penar indiscriminadamente toda infracción a cualquier medida ministerial de índole sanitaria, por amplia que ésta sea, sino únicamente aquellas contravenciones expresamente señaladas en la ley a que acceden dichos actos administrativos. Cuyo es el caso del incumplimiento al aislamiento por quienes se encuentren en la situación descrita en los artículos 22 y 26 del Código Sanitario. Determinar si se han configurado los ilícitos descritos en estas normas, en el caso concreto, corresponde exclusivamente a los jueces del fondo.
3. Sin embargo, en sede constitucional sí cabe afirmar que el artículo 318 del Código Penal no respeta el principio constitucional de proporcionalidad, al sancionar la conducta tipificada “con presidio menor en su grado mínimo a medio”. En una primera aproximación, supuesto que el artículo 318 no hace una delegación a la autoridad administrativa para que tipifique la conducta, sino que manda al juez penal la avocación de su sanción, podría pensarse que este traslado lo ha sido con el propósito de que se pueda aplicar una pena privativa de libertad, misma que a los órganos administrativos no les es posible imponer. Precisamente en virtud de este último criterio, es que la Ley N° 20.724, del año 2014, y sobre la base de lo razonado en STC Rol N° 1518-09, derogó la pena de prisión que contemplaba el artículo 169 del Código Sanitario, quedando únicamente la multa como sanción por las infracciones de sus disposiciones (artículo 174).
4. Agregan que del hecho que se haya apropiado a los jueces penales para sancionar las infracciones al Código Sanitario, cuyas normas ejecutan los actos administrativos adoptados por la autoridad sanitaria, no se sigue necesariamente que quepa infligir una pena privativa de libertad. El que la inobservancia a estas medidas sanitarias deba tener lugar “en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”, no añade una gravedad que justifique la pena de presidio. Menos cuando la contravención a los toques de queda u

otras restricciones a la libertad de tránsito dispuestas en virtud del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, imperante raíz del brote de COVID-19, a lo más, puede derivar en la imposición de una multa acorde con el artículo 495 del Código Penal (el DS N° 104, de Interior, de 2020, facultó a los Jefes de la Defensa Nacional para “controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe y el tránsito en ella”, en su artículo 3° y en relación con los artículos 19, N° 7, letra a) y 43, inciso tercero, de la Carta Fundamental).

5. Desafía toda racionalidad el hecho que el artículo 318 permita aplicar la pena de presidio, cuando, por las mismas circunstancias, la Ley N° 21.228 ha otorgado un indulto general conmutativo a las personas que se encontraban privadas de libertad, con el objetivo de evitar precisamente el contagio intra carcelario del indicado virus. No atenúa tal amenaza de incoherencia y desproporción, la posibilidad de que el tribunal de la causa, con posterioridad, estime procedente sustituir la sanción de presidio por la de reclusión en el domicilio del condenado, al amparo del artículo 7° de la Ley N° 18.216, habida cuenta que ello -aún de concretarse- no tiene la virtud de sanear la inconstitucionalidad anotada.
6. No se han aportado antecedentes que justifiquen considerar la pena de presidio como un medio necesario para salvaguardar la salud pública. Todo indica que dicho castigo deviene excesivo o desproporcionado, al no guardar racionalidad ni proporción con la conducta realizada por el escarmentado.
7. Para efectuar un examen de racionalidad de la norma, y así determinar si ésta se aviene con el artículo 19 N° 2 constitucional, es necesario identificar la finalidad tenida en cuenta por el legislador al crear el castigo, la diferencia concreta de trato establecida por éste, y cuál es el criterio de diferenciación que provoca con su decisión, vale decir por qué dispone en este caso la sanción de presidio a unos y a otros no. Efectuado esto se concluirá que no existe la debida racionalidad entre estos tres elementos.
8. Es lo cierto que en el génesis de la norma (Código Penal original) no existen fundamentos, ni ahora se han aportado antecedentes, que ameriten considerar la pena de presidio como un medio para salvaguardar la salud pública. En cuanto al segundo elemento, la diferencia concreta consiste en la posibilidad cierta de que un sujeto sea privado de libertad y en otros casos no (tal como no ocurre en el artículo 174 del Código Sanitario ni en los artículos 495 y 496 del Código Penal).
9. Por último, el criterio de diferenciación depende de la apreciación de las circunstancias que, en un primer momento, efectúe el órgano administrativo respecto de los hechos infraccionales o delictivos. Respecto de la relación que existe entre las finalidades de la diferencia establecida por el legislador, y los criterios o factores de diferenciación que ha elegido para establecer dicha diferencia, se debe tener presente que, más allá de que la finalidad que pretendidamente tuvo el legislador para sancionar estas conductas con

presidio no se cumpla a través del medio empleado para ello, resulta inentendible que, si la finalidad declarada es resguardar la salud pública, se permita que los sujetos que realizan las mismas conductas no sean amenazados con la pena de presidio.

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

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

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

**2°) Los Ministros señores Cristián Letelier Aguilar y Rodrigo Pica Flores (redactor) estuvieron por declarar la inaplicabilidad de la totalidad del artículo 318 del Código Penal**

1. 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, 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.

2. Dicho principio, al consagrar en su manifestación de tipicidad o taxatividad, 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.

3. A su vez debe tenerse presente la diferencia y la interrelación recíproca entre los principios de legalidad y de tipicidad en materia penal. En este sentido, el segundo tiene un contenido propio, en tanto opera como una de las concreciones del primero. En este orden, el principio de legalidad satisface un estándar, cual es la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en una norma que tenga el rango y la fuerza de ley, además de ser derecho legislado en el sentido formal. Por su parte, la garantía de tipicidad requiere, para ser satisfecha, la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta.
4. A su vez, en el constitucionalismo liberal, no puede preterirse la estrecha relación del principio de reserva de ley penal con el principio de separación de poderes. 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, y dejar la fijación de los tipos al legislador como representante plural de la sociedad completa en función su diversidad expresada en las urnas, siendo claves para la interdicción de la arbitrariedad penal los caracteres de generalidad y abstracción de la ley.
5. Desde esa perspectiva debe ser analizado el fenómeno de las llamadas leyes penales en blanco. Las 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.
6. 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.
7. 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 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.

8. A su vez, respecto de las llamadas leyes penales impropias, este Tribunal ha entendido que las remisiones a otros cuerpos con rango y fuerza de ley son constitucionalmente legítimas, restando el examen de las remisiones a normas o actos infralegales.
9. En un ejercicio de interpretación originalista y de permisivismo relativo, este Tribunal ha admitido la existencia de leyes penales en blanco propias bajo estándares restrictivos que pueden resumirse en: i) que la ley establezca el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infralegal de complemento solamente elementos accidentales del tipo; ii) 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; iii) que sea publicado en el Diario Oficial.
10. Cabe observar las siguientes cuestiones acerca del precepto cuestionado:
  - a. 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.
  - b. 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.

- c. 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 no 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.

11. Queda claro, en consecuencia, que la delimitación del tipo no es clara ni delimitada en su núcleo esencial por la ley, y no 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.

12. Se estima, por lo anterior, que el artículo 318 del Código Penal, cuestionado, es una ley penal en blanco, infringiendo el inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política. Sin perjuicio de lo razonado, no deben olvidarse 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.

**3°) El Ministro señor Nelson Pozo Silva (redactor) votó por declarar la inaplicabilidad íntegra del artículo 318 del Código Penal**

1. Si bien por razones muchas veces de orden populista, el Derecho penal ha ampliado sus horizontes a espacios relegados otrora al Derecho administrativo y disciplinario, 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. 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.
2. La dogmática considera que es posible hablar de tipos en blanco. Se ha señalado que 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 son las que emanan de una instancia legislativa de jerarquía inferior a la de la ley formal. Lo relevante lo constituye el origen de la norma complementaria, el que es 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.

3. 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.
4. No cabe duda que 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).
5. Para calificar una conducta como peligrosa, desde una perspectiva jurídico-penal, habrá que verificar la probabilidad de lesión en el caso concreto atendiendo a los bienes jurídico-penales potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se despliega esa situación, y ello con independencia de la posibilidad de evitación de la lesión por el autor. Tal situación de peligro opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a esos límites axiológicos, pues sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa en abstracto se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, los principios de intervención mínima y ultima ratio del Derecho penal-constitucional.
6. Si la lesividad de los delitos de peligro se confirma mediante la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, debe decirse, a efectos de ser coherente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que en tal desvalor debe estar implícito el análisis “ex ante” de la peligrosidad real al bien jurídico, esto es, creación de riesgo potencial que amerite el adelantamiento de la esfera de protección encomiable con una sanción penal.
7. Cuando los juristas hablan de la “necesidad de ofensividad” se refieren a una condición imprescindible para apreciar una infracción penal. Las conductas que se castigan no reciben 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 inadmisibile.

8. Una parte importante del debate en torno a la aplicación del artículo 318 del Código Penal en un contexto de pandemia tiene que ver con si este ilícito se inscribe dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto o concreto. El texto originario del artículo 318 del Código Penal data de 1874, siendo modificado en 1969. La última modificación fue introducida por la Ley N° 21.240, de 20 de junio de 2020, la cual, explica el profesor Fernando Londoño, “no alteró la descripción de la conducta, pero elevó las penas (siempre alternativas, hasta 3 años de presidio y hasta las 200 UTM) e introdujo una circunstancia agravante especial de efecto común: la de cometer el delito “mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio””.
9. Para algunos estudiosos el artículo 318 contempló una genuina figura de peligro abstracto desde su entrada en vigor hasta 1969. Sin embargo, 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 explica 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. 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.
10. Los delitos de peligro abstracto, instrumentos preferentes de las nuevas formas de regulación, son objetados en razón de su legitimación desde la perspectiva de la teoría del bien jurídico. 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.
11. 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.

- 12.** 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 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*). Con la creación de esos delitos el legislador estaría castigando meros comportamientos y vulneraría el principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*).
- 13.** Sólo será idónea la 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.
- 14.** 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.
- 15.** 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.
- 16.** 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.
- 17.** En la descripción típica del actual artículo 318 del Código Penal, tras ser promulgada la ley N° 17.155, 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.

- 18.** Por otra parte, la concepción de bien jurídico permite inferir 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, sea susceptible de verse afectado mediante un peligro. De lo anterior se desprende la exclusión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto y una precisa y rigurosa caracterización de los delitos de peligro concreto, dado que el daño como el peligro eventual, configurados como elementos constitutivos del delito deberán ser objeto de prueba a cargo de la parte acusadora.
- 19.** 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.
- 20.** El legislador no modificó, luego de la dictación de la Ley N° 17.155, lo sustantivo de 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 del Derecho penal sino del Derecho administrativo, por lo 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.
- 21.** 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.

22. 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.
23. 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. 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.

### III. Los votos de la disidencia. Argumentos para desestimar el requerimiento

- 1°) **La Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y el Ministro señor Miguel Ángel Fernández González (redactor) estuvieron por rechazar el requerimiento**
1. Que, tratándose de un control concreto de constitucionalidad, el examen de inaplicabilidad debe centrarse en las características del caso *sub lite* (c. 3°). En particular, el precepto legal cuestionado debe ser situado en el contexto de lo dispuesto por el Decreto Supremo N°104 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 2020, por el cual S.E. el Presidente de la República declaró estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en el territorio de Chile, fundado en el hecho de haberse producido un brote mundial del virus que produce la enfermedad del coronavirus 2019 o COVID-19 (c. 4° y 5°).
  2. Que el estado de catástrofe, de acuerdo al artículo 43 inciso tercero de la Constitución, permite al Presidente de la República “restringir las libertades de locomoción y reunión” y “adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada” (c. 10°). Por tanto, la aplicación del artículo 318 del Código Penal no puede sustraerse del estado de excepción dispuesto por S.E. el Presidente de la República, que lo autoriza para restringir las libertades de locomoción y reunión con la finalidad de asegurar a las personas el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la

protección de la salud. Las medidas sanitarias dispuestas persiguen evitar que tales derechos sean afectados tanto en su dimensión personal como colectiva, como lo deja en evidencia el resguardo de la salud pública que persigue amparar la disposición referida (c. 12°).

3. Que la cuestión que se ha pedido examinar versa sobre si, la aplicación del artículo 318 resulta o no desproporcionada en su penalidad, especialmente respecto de la privación de libertad, o si configura una ley penal en blanco prohibida por la Carta Fundamental (c. 22°).
4. Que la sanción no aparece desproporcionada, atendido el bien jurídico protegido, en el marco de la extrema situación que conlleva la pandemia que afecta al mundo entero, entendida la proporción como la *“debidamente relación de equivalencia entre conductas y sanciones o penas”* (c. 23°). Cumplir una pena privativa de libertad en relación con el delito del artículo 318 del Código Penal aparece como razonable y justificado, máxime considerando que, en junio de este año, el legislador evaluó esta cuestión específica y estimó prudente y oportuno aumentar la penalidad (c. 30°). Aun más, la pena privativa de libertad permite -como alternativa a la de multa- ponderar con mayor razonabilidad y prudencia cada situación específica (c. 31°). Debe tenerse en cuenta, además, que la determinación de la pena corresponde finalmente al juez, quien se encuentra sujeto a las reglas que regulan la aplicación de penas contenidas en el Código Penal (c. 25°). El requerimiento plantea, en realidad, un reproche a la decisión del Ministerio Público, quien no contaría con parámetros objetivos *“al momento de seleccionar la concreta sanción”* o por la falta de sustento de las decisiones del persecutor, en cuanto al monto de la multa solicitada o la vía procesal elegida (c. 28°).
5. Que en este caso no se configura una ley penal en blanco contraria a la exigencia constitucional en orden a que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en la ley (c. 32°). Dadas las circunstancias concretas no resulta plausible sostener que los justiciables puedan esgrimir desconocimiento o ignorancia del hecho que circular por la vía pública sin cumplir con las medidas sanitarias que persiguen aminorar la propagación de la pandemia, sirvan para sustentar la alegación de ley penal en blanco que el requerimiento atribuye al artículo 318 del Código Penal (c. 35°).

**2°) El Ministro señor Gonzalo García Pino y la Ministra señora María Pía Silva Gallinato, estuvieron por rechazar el requerimiento, sosteniendo una interpretación conforme a la Constitución del artículo 318 del Código Penal**

1. Excepcionalidad de la pandemia Covid-19. La pandemia del Covid-19 ha aparejado el conjunto más grande de restricciones a nuestras libertades, a nuestro modo de vivir y la impronta de lo que somos como personas y sociedad. Es difícil porque nos hemos llenado de incertidumbres y de miedos. Se expresa en múltiples sentimientos cruzados de soledad, angustia, quiebras económicas, desempleo, enfermedades, muertes o abandonos.

Son tiempos de reflexión y cuestionamientos, pero también de esperanzas. Y ese contexto nos ha modificado también el derecho. No sólo existen restricciones de nuestras libertades definidas por un estado de excepción, sino que nos enfrentamos a un desafío de una envergadura tal que afecta todos los rincones de nuestro país (STC 8574, cc. 1º y 2º).

2. El dilema de la estrategia sanitaria es hacer frente a un riesgo. Toda la dimensión sobre los riesgos se da en un marco de posibilidades constitucionales que, en abstracto, permiten muy diversos tipos de política pública sanitaria. Del examen, una de ellas es abiertamente autoritarias, comprometen de un modo definitivo la libertad de las personas e incrementan un poder estatal por sobre la vida cotidiana de la gente de un modo que, al tomar control sobre los riesgos, de paso lo hace sobre parte fundamental de la vida de las personas. En otras, la estrategia autoritaria es reemplazada por una estrategia de cooperación social que puede transformarse en opresión colectivista. Asumir esa estrategia de control de riesgos termina debilitando los lazos comunitarios, así como la igualdad y dignidad de las personas. En consecuencia, responsabilizar a los individuos por sus conductas y movilizar el ejercicio punitivo estatal para el cumplimiento de leyes y medidas resulta, en principio, una forma compatible con el proceso democrático constitucional. Asume un cierto control de los riesgos sanitarios, pero no los totaliza permitiendo una convivencia de restricciones y libertades que se modulan en función de avances que deberían tener un sostén técnico y científico.
3. No existe vulneración al principio de proporcionalidad. En cuanto a la proporcionalidad de la pena, en un juicio oral, público y contradictorio, como es el procedimiento simplificado, la determinación judicial de la responsabilidad penal, así como de la sanción aplicable no depende solo de lo solicitado por el Ministerio Público en su requerimiento, sino también por lo expuesto por la defensa del imputado. Respecto a las objeciones al procedimiento monitorio, el requerimiento no objeta las disposiciones que reglamentan ese procedimiento. Más aún, el juez puede desechar la propuesta del Ministerio Público de seguir la tramitación de un procedimiento monitorio si a su juicio no se encuentra suficientemente fundado el requerimiento o la multa propuesta y proseguir con el procedimiento simplificado.
4. No hay infracción al principio de legalidad penal. Una interpretación conforme con la Constitución del precepto legal impugnado no puede estimar que la conducta castigada por él es la mera infracción administrativa. El artículo 318 del Código Penal, en la identificación de “el que pusiere en peligro”, se ha centrado en un marco de acción que tiene un volumen de acciones potencialmente peligrosas de contagio y en otras donde es posible descartarlo. La norma penal, centrada en una interpretación constitucionalmente conforme, puede abarcar aún más conductas de riesgo que están predeterminadas por el legislador en diversas conductas típicas

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

### CAUSA ROL N° 8950-20 INA

**Requirente de inaplicabilidad:** Andrea Díaz-Muñoz Bagolini, Jueza Titular del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago.

**Norma que se solicitó fuera declarada inaplicable por ser contraria a la Constitución:** artículo 318 del Código Penal.

**Normas de la Constitución que la requirente señaló serían vulneradas:** artículo 19 N°s 2 y 3, incisos octavo y noveno.

**Fecha ingreso:** 14 de julio de 2020.

**Sala TC:** Segunda. Integración de su Presidenta, Ministra señora Brahm, y Ministros señores García, Letelier, Pozo y Fernández.

**Fecha sentencia:** 5 de enero de 2021. **Acoge parcialmente (5-4).**

**Integración Pleno:** Presidenta, Ministra señora Brahm, Ministros señores Aróstica, García, Letelier, Pozo, y Vásquez, señora Silva, y señores Fernández y Pica.

**Juicio en que incide la solicitud de inaplicabilidad:** proceso penal RUC N° 2000657462-K, RIT N° 5595-2020, seguido ante el Octavo Juzgado de Garantía de Santiago.