



Rol No. 9294-2020-INA

Tribunal Constitucional de Chile

FÉLIX ASCENCIO HERNÁNDEZ

Requirente

v.

MINISTERIO PÚBLICO

—

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Juzgado de Letras,
Garantía y Familia de Baker-Cochrane

AMICUS CURIAE

ASOCIACIÓN POR LAS LIBERTADES PÚBLICAS

Rodrigo Romero Correa
Trinidad Luengo Montt
Miguel Schürmann Opazo

INTERÉS DEL AMICUS CURIAE¹

La Asociación por las Libertades Públicas ("Libertades Públicas") es una organización sin fines de lucro fundada el año 1997 con la finalidad de defender, proteger y promover –en distintos planos– los derechos fundamentales de las personas. Entre sus principios fundacionales, Libertades Públicas considera que la autonomía personal no es posible sin la vigencia de derechos individuales básicos, como la libertad ambulatoria, la intimidad del espacio y de las comunicaciones y la seguridad de la persona y de su propiedad. Por dicha razón, una de las líneas de acción de Libertades Públicas es promover la adecuada administración de justicia en causas que involucran problemas vinculados al derecho penal.

Quienes suscribimos esta presentación tenemos experiencia en el ejercicio profesional y enseñanza del derecho penal, por lo que esperamos que las consideraciones realizadas a continuación sean de interés del Excelentísimo Tribunal Constitucional ("TC") y resulten de utilidad para la resolución del conflicto sometido a su decisión.

LOS HECHOS DE LA GESTIÓN PENDIENTE

A las 22:50 horas del 15 de abril de 2020, una persona se encontraba en la intersección de dos calles de la comuna de Cochrane, Región de Aysén. Al ser controlada por funcionarios policiales, ella no exhibió ningún tipo de documento que la autorizara a permanecer y/o transitar por la vía pública en ese momento.

La persona en cuestión no tenía coronavirus ni presentaba síntomas compatibles con dicha enfermedad. En efecto, ningún habitante de esa comuna había sido diagnosticado hasta entonces con Covid-19 y pasaron varios meses antes de que la autoridad sanitaria reportara el primer caso positivo, recién a comienzos de noviembre².

¹ Ninguna de los abogados o partes de este proceso participó en la elaboración del presente documento, ni realizó algún tipo de contribución –monetaria o de otra naturaleza– a su elaboración.

² La autoridad sanitaria reportó el primer caso de Covid-19 confirmado en la comuna de Cochrane en el Informe Epidemiológico N° 66 de la enfermedad por SARS-CoV-2 (Covid-19) del Departamento de Epidemiología del Ministerio de Salud, de fecha 6 de noviembre de 2020. Así, hasta el Informe Epidemiológico N° 65, la comuna de Cochrane registraba 0 (cero) casos confirmados al día 1º de noviembre de 2020 (p. 71). Ambos informes están disponibles en: <https://www.minsal.cl/nuevo-coronavirus-2019-ncov/informe-epidemiologico-covid-19/> [fecha consulta: 14 de noviembre de 2020].

Es más, al efectuarse el control, dicha persona tampoco se encontraba en alguna otra situación que la obligara a permanecer en cuarentena o aislamiento preventivo. Por ejemplo, no era contacto estrecho de una persona diagnosticada con Covid-19³; no había ingresado recientemente al país desde el extranjero⁴; ni estaba a la espera de la notificación de los resultados de un eventual test PCR⁵.

De esta manera, lo único que la persona controlada por la policía podría haber realizado al no exhibir un documento oficial que la autorizara a permanecer y/o transitar por una calle de la comuna de Cochrane a las 22:50 horas del día 15 de abril de 2020, es haber infringido el toque de queda que había dispuesto la autoridad a nivel nacional.⁶ A juicio del Ministerio Público, sin embargo, el referido hecho sería subsumible bajo el delito previsto en el artículo 318 del Código Penal ("CP").

Por las razones que se expondrán en los siguientes apartados, quiénes suscriben esta presentación consideramos que la aplicación de dicho precepto legal en la gestión pendiente –y, en general, en cualquier otro proceso penal en que el Ministerio Público pretenda su aplicación– generará efectos contrarios a los garantizados por la Constitución, específicamente a los derechos fundamentales que ella reconoce. Por lo mismo, apoyamos el planteamiento realizado por el requirente de inaplicabilidad y la Defensoría Penal Pública e instamos respetuosamente al Excelentísimo Tribunal Constitucional para que lo acoja íntegramente.

SÍNTESIS DEL ARGUMENTO

El artículo 318 CP no define mínimamente los contornos del comportamiento humano que el legislador buscó prohibir u ordenar bajo amenaza de sanción penal. Por esa

³ Ver numeral 4° de la resolución 180 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 16 de marzo de 2020.

⁴ Ver numeral 6° de la resolución 202 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 22 de marzo de 2020.

⁵ Ver numeral 2° de la resolución 188 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 19 de marzo de 2020

⁶ El numeral 7° de la resolución 202 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 22 de marzo de 2020, dispuso como medida sanitaria por el brote de Covi-19: "Dispóngase que todos los habitantes de la República deberán permanecer, como medida de aislamiento, en sus residencias entre las 22:00 horas y 05:00 horas. Esta medida será ejecutada de acuerdo a las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional de las distintas regiones. // La medida de este numeral comenzará a regir desde las 22:00 horas del 22 de marzo de 2020 y será aplicada por un plazo indefinido, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su supresión".

razón, se trata de una norma que infringe el mandato de determinación previsto en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la Constitución, conforme al cual “ninguna ley podrá establecer penas sin que la *conducta* que se sanciona esté *expresamente descrita en ella*” (énfasis agregados).

Al no cumplir con el referido mandato, el artículo 318 CP favorece una aplicación arbitraria y discrecional del poder punitivo estatal, que no resulta compatible con la Constitución. Ello, pues permite que otros órganos del Estado, distintos del legislador, *definan* de manera *ad hoc* y sin ningún tipo de limitación, qué comportamientos podrían ser perseguidos y sancionados como delito. En la práctica, la referida disposición legal permite que el Ministerio Público promueva la persecución penal de cualquier comportamiento que pueda llegar a contradecir alguna de las medidas dispuestas por la autoridad sanitaria en el contexto de la pandemia del Covid-19. Ello, aun cuando tales comportamientos no hayan sido nunca considerados por el legislador como merecedores del reproche y sanción más severos que contempla nuestra legislación. Del mismo modo, la referida norma también habilita a los tribunales con competencia penal para que puedan sancionar tales conductas como constitutivas de delito.

Quienes suscriben esta presentación no cuestionamos las potestades que la autoridad sanitaria efectivamente tiene para regular el comportamiento de las personas –y, por consiguiente, restringir o afectar algunos de sus derechos fundamentales–, en contextos de catástrofe, epidemia o contagio. Tampoco cuestionamos que el legislador pueda decidir sancionar como delito conductas que puedan eventualmente atentar contra la salud pública u otros bienes jurídicos colectivos. De lo que se trata, más bien, es que para sancionar como *delito* el simple hecho de transitar por y/o permanecer en la vía pública después de un cierto horario, sin contar con una autorización oficial para ello, el legislador debe declararlo expresamente en una ley formal y cumplir con los demás límites básicos sustantivos que la Constitución ha fijado al ejercicio del poder punitivo estatal. En este caso, la disposición legal impugnada no describe expresamente esa conducta –ni ninguna otra–, por lo que su aplicación afecta garantías básicas que la Constitución asegura a todas las personas.

En los apartados siguientes se exponen las razones por las que la aplicación del artículo 318 CP en la gestión pendiente –y en todos aquellos otros procesos penales en los que el Ministerio Público ha pretendido su aplicación– infringe el mandato de legalidad penal previsto en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la Constitución, específicamente en sus vertientes de reserva legal y de determinación.

LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD PENAL

El inciso final del artículo 19 N° 3 de la Constitución asegura a todas las personas que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. En distintas sentencias, el TC ha analizado el contenido de esta garantía constitucional y, en especial, si ella resulta o no compatible con la técnica legislativa conocida como “ley penal en blanco”.

Conforme a esta jurisprudencia, el TC ha señalado que las leyes penales en blanco *impropias* son plenamente compatibles con la Constitución. En cambio, las denominadas leyes penales en blanco *propias* solo serían toleradas por la Constitución, si cumplen copulativamente con las siguientes condiciones o requisitos:

(i) Que la ley –en sentido formal– describa el “núcleo esencial” de la *conducta* prohibida;⁷

(ii) Que la norma de rango infralegal se limite únicamente a *complementar* la conducta que ha sido descrita de forma expresa por el legislador –es decir, la norma complementaria de rango infralegal solo puede definir aspectos no-esenciales o de contexto de la prohibición;⁸

(iii) Que la norma complementaria de rango infralegal tenga una publicidad similar a la de la ley en sentido formal;⁹ y

(iv) Que la remisión normativa esté contenida expresamente en la ley (formal) y se justifique en razón del bien jurídico que busca proteger la norma penal.¹⁰

A partir de lo anterior, el TC ha concluido en una constante jurisprudencia que son contrarias a la garantía constitucional de legalidad penal (i) las leyes penales abiertas y (ii) las leyes penales en blanco *propias* que no cumplen con alguno de los requisitos o condiciones descritos previamente.¹¹

⁷ Ver STC 8354-2020, c. 21º; STC 3306-2017, c. 19º; STC 2773-2015, c. 13º; STC 781-2007, cc. 7º-8º; STC 559-2006, c. 7º; STC 468-2006, c. 6º.

⁸ Ver STC 5304-2018, c. 16º; STC 2154-2011, c. 37º.

⁹ Ver STC 2817-2015, c. 16º; STC 468-2006, c. 8.

¹⁰ Ver STC 3306-2017, c. 19º

¹¹ Por ejemplo, en el rol 1011, el Tribunal Constitucional indicó que “son contrarias a la Constitución las llamadas leyes penales en blanco propias o abiertas, esto es, aquellas que la descripción de la

En especial, son contrarias a la garantía constitucional de legalidad penal aquellas leyes que no describen el núcleo esencial de la conducta prohibida, dejando entregada su determinación a la discrecionalidad del juez, a normas de rango infralegal o, incluso, al mero arbitrio de otros órganos del sistema de justicia penal.

DESCRIPCIÓN EXPRESA DE LA «CONDUCTA» PROHIBIDA

Conforme a la jurisprudencia del TC sobre la garantía de legalidad penal, no es necesario que el legislador exprese en una ley formal todos los elementos que conforman el *tipo penal*. Según el TC, la Constitución toleraría que algunos elementos “secundarios” del tipo penal –que, sin embargo, condicionan el reproche penal y, por consiguiente, la aplicación de la pena– queden entregados a la determinación de normas de rango infralegal y/o a la interpretación del juez. Así, por ejemplo, se ha resuelto que la exacta caracterización del objeto material de los delitos de tráfico de drogas¹² y de contrabando¹³, puede quedar entregada a normas de rango infralegal.

Sin embargo, para que dicha co-determinación del tipo penal sea admisible desde el punto de vista constitucional es imprescindible que el legislador haya definido el “núcleo esencial” de la conducta o comportamiento humano que busca prohibir u ordenar bajo amenaza de sanción penal.

Para expresar este estándar el TC ha utilizado diversas fórmulas, todas las cuales coinciden en que el legislador debe describir necesariamente, de manera clara, precisa y patente, el núcleo central de una *conducta* o *comportamiento humano*.

En este sentido, por ejemplo, ha indicado que el principio de legalidad “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”.¹⁴

conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez” (c. 4º). En el mismo sentido, ver STC 1973-2011, c. 9; STC 2154-2011, c. 20; STC 2758-2014, c. 12; STC 3306-2017, c. 19; STC 3329-2017, c. 24.

¹² Ver STC 24-1984, c. 5º.

¹³ Ver STC 1351-2009, cc. 29 a 32.

¹⁴ Ver STC 479-2006, c. 25 (énfasis agregado). En el mismo sentido, STC 2738-2014, cc. 4 y 5; STC 2744-2014, c. 6; STC 2953-2016, c. 8; STC 3329-2017, c. 19.

Del mismo modo, ha indicado que, para que se entienda cumplida la garantía constitucional de legalidad penal “basta que la *conducta* que se sanciona esté *claramente* descrita en la ley, no siendo necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales. Es constitucional que el reglamento *pormenore* un tipo penal si el núcleo esencial de la conducta que se sanciona está expresa y perfectamente definido en la ley”.¹⁵

En la mayor parte de los casos en que el TC ha declarado inaplicable –o, en su caso, inconstitucional– un precepto legal por infringir el mandato de legalidad penal, ha sido precisamente porque el legislador ha incumplido su mandato de describir expresamente –esto es, de una manera clara, patente y específica– el *comportamiento* o *conducta humana* que considera merecedor de un reproche y sanción penal. Así, por ejemplo, el TC declaró que el legislador no cumplió con la garantía de legalidad penal al pretender sancionar al vocal de mesa que “incumpla el deber de tomar los resguardos suficientes y necesarios...”. Ello, pues se trata de una conducta descrita “en forma genérica y negativa”.¹⁶ La similitud de esa descripción “genérica y negativa” con aquella que pretende sancionar a quienes simplemente no cumplen con una medida sanitaria como la descrita en el caso en comento resulta más que evidente.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 318 CP

Historia del artículo 318 CP

La historia del artículo 318 CP muestra que nunca el legislador ha descrito *expresamente* el núcleo central de la conducta o comportamiento humano que, a su juicio, resultaría merecedor de un reproche y sanción penal.

En su versión original de 1874, el artículo 318 CP sancionaba al “*que infrinjere las reglas hijénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempos de pandemia o contagio*”.¹⁷ Los

¹⁵ Ver STC 24-1984, c. 4 (énfasis agregado). En el mismo sentido, STC 306-2000, cc. 8 y 9; STC 1973-2011, c. 15; STC 2716-2014, c. 31.

¹⁶ Ver STC 2446-2013, cc. 24 y 25 (énfasis agregado).

¹⁷ Esta redacción habría sido tomada de manera casi literal del Código Penal Español de 1848, cuyo artículo 474 N° 6 sancionaba como falta a “*los que infrinjieren las reglas hijiénicas o de salubridad, acordados por la autoridad en tiempo de epidemia o de contagio*”. El Código Penal Español mantuvo esta disposición en sus versiones de 1850 (artículo 471 N° 7) y de 1944 (artículo 577 N° 2 o 581 N° 2, según la época). Sin embargo, en el Código de 1944, se introdujeron algunos matices, ya que se sancionaba

comisionados aprobaron esta disposición en la sesión 173, de 17 de octubre de 1873, sin mayor discusión. La única razón que parecen haber ponderado habría sido una de supuesta “coherencia”: dado que ya habían aprobado sancionar como delito a quienes infringieren las órdenes dictadas por la autoridad para impedir la propagación de plagas animales o vegetales, les pareció *“necesario también castigar como delito igual infracción cuando se refiere a medidas dictadas en caso de epidemias entre las personas”*.¹⁸

La redacción original del artículo 318 CP se mantuvo inalterada por casi 100 años. Ello, hasta que el artículo 3º de la ley Nº 17.155, de 11 de junio de 1969, reemplazó el artículo 318 original, para sancionar al *“que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”*. Esta nueva redacción introdujo tres cambios al artículo 318 CP original: (i) agregó un requisito de publicidad respecto de las normas administrativas que podrían tener relevancia típica; (ii) amplió las hipótesis de excepcionalidad relevantes a aquellas que podían ser descritas como “de catástrofe”; y (iii) limitó las contravenciones administrativas relevantes a las que *“pusieren en peligro la salud pública”*.¹⁹

Finalmente, a mediados de este año, el artículo 318 CP sufrió su última modificación. En concreto, el artículo 1º de la ley Nº 21.240, de 20 de junio de 2020: (i) aumentó las penas asociadas al delito e (ii) incorporó dos nuevos incisos, a través de los cuales se introdujo una circunstancia agravante y una regla procesal relativa al procedimiento monitorio. Con todo, el legislador de 2020, no modificó en nada la redacción que el *tipo penal* ha tenido desde 1969.

De esta manera, la historia del artículo 318 CP muestra que el legislador de 1874 buscó sancionar como delito *cualquier* comportamiento que la autoridad administrativa quisiera ordenar o prohibir realizar a las personas en tiempo de epidemia o contagio. Luego, el legislador de 1969 mantuvo esa misma decisión punitiva cambiando solo dos aspectos “accesorios” que modificaban el alcance del tipo penal: por una parte, *amplió* el ámbito de lo típicamente relevante a lo que la autoridad administrativa dispusiera también en tiempos

simplemente a *“los que infringieren las reglas dictadas por la autoridad en tiempos de epidemia o de contagio”*. Finalmente, el Código Penal Español de 1995 no mantuvo una disposición de similar naturaleza.

¹⁸ Ver Actas de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, sesión 173, de fecha 17 de octubre de 1873: *“...habiéndose consignado en el párrafo relativo a las epizootias una disposición especial para penar a los que infrinjerien las órdenes de la autoridad tendentes a impedir la propagación del contagio, se observó que era necesario también castigar como delito igual infracción cuando se refiere a medidas dictadas en caso de epidemias entre las personas. No es lógico que en el primer caso se imponga pena i el segundo se relegue a la categoría de las faltas, a pesar de que es más grave”*.

¹⁹ En el mismo sentido, Londoño (2019), p. 519.

de catástrofe; por la otra, *excluyó* del ámbito de aplicación del tipo penal, aquello que la autoridad administrativa dispusiera en normas que no contaran con la debida publicidad o que pudiera llegar a considerarse irrelevante desde el punto de vista del resguardo de la salud pública.

Ninguna de estas modificaciones accesorias, subsanaron el defecto central de que adolece el tipo penal previsto en el artículo 318 CP, esto es: que aquel no describe el núcleo central de la conducta o comportamiento humano que, a juicio del legislador, debe ser prohibido u ordenado bajo amenaza de sanción penal. Que ni el legislador de 1874 ni el de 1969 hayan estado impedidos de establecer un tipo penal así de indeterminado y genérico solo se explica por una consideración histórico-normativa: ninguna de las Constituciones vigentes en esas épocas reconocía la garantía de legalidad penal y el mandato de determinación de las leyes penales, en los términos en que estos se encuentran previstos en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la actual Constitución.

El artículo 318 CP en la doctrina nacional

La doctrina nacional también ha criticado de manera consistente la indeterminación del artículo 318 CP.

Así, por ejemplo, ya en 1883 FUENSALIDA cuestionaba que la versión original del artículo 318 CP permitía castigar como delito *“meros quebrantamientos de preceptos que se violan jeneralmente por ignorancia, por temor o pánico que suele apoderarse de la jente en casos de epidemia o contagio”*. Por dicha razón, el referido autor lamentaba: *“que el antecedente tomado en cuenta por la comisión redactora fue precisamente uno de tantos errores que cometió en la clasificación de los hechos i en las medidas de las penas... i, en consecuencia, fue la lógica del error la que la indujo a cometer aquí otro más grave todavía, dando facultad a los tribunales para imponer hasta tres años de reclusión menor en su grado medio a los que, en tiempo de peste, resistamos a la vacunación forzada o a comer solamente lo que el gobierno prescriba”*.²⁰

Las críticas de la doctrina en nada se morigeraron con la “nueva” redacción que el legislador de 1969 le dio al artículo 318 CP –redacción que permanece inalterada hasta la fecha. En este sentido, por ejemplo, en 1975 COUSIÑO identificaba esta disposición legal como un caso paradigmático de ley penal en blanco, indicando que *“...para saber, frente a un caso de la vida real, si la conducta de un determinado individuo es o no punible no basta con la lectura*

²⁰ FUENSALIDA, Alejandro (1883). Concordancias y Comentarios. Imprenta Comercial Calle del Huallaga N° 139, Lima, Tomo II, pp. 339-340.

del Código Penal, sino que hay que acudir al estudio de las disposiciones de la autoridad en materia de higiene o salubridad en las susodichas épocas. Igualmente, resulta que esas disposiciones pueden variar en forma substancial de un día a otro, con lo cual la conducta criminal sufrirá las mismas oscilaciones que las reglas dictadas por la autoridad competente”.²¹

Luego, en 1998, ETCHEBERRY indicaba que en el artículo 318 CP “la conducta figura de un modo puramente formalista y sin contenido específico alguno. Queda por entero en manos de la autoridad sanitaria la determinación de las conductas que constituirán delito”.²² Posteriormente, en 2019, LONDOÑO expresaba en términos análogos que “la conducta típica es indeterminada. En términos puramente normativos, consiste en infringir alguna regla higiénica o de salubridad, debidamente publicada por la autoridad, en ciertos contextos calamitosos (‘en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio’), poniendo con ello en peligro la salud pública... esta infracción adoptará en concreto diversas modalidades, según cuál sea el contenido específico de la regla vulnerada. En definitiva, habrá tantas conductas punibles posibles como mandatos o prohibiciones en el marco de las reglas de higiene o salubridad”.²³

Todos los autores que, durante este año, han escrito acerca del delito previsto en el artículo 318 CP han expresado opiniones similares. Todo ellos también han destacado el vicio constitucional básico de que adolece este precepto legal, a saber: que, al no describir expresamente el comportamiento prohibido u ordenado bajo amenaza de sanción penal, el artículo 318 CP no cumple con la garantía constitucional de legalidad penal prevista en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la Constitución.²⁴

²¹ COUSIÑO, Luis (1975). *Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I, p. 85.

²² ETCHEBERRY, Alfredo (1998). *Derecho Penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I, p. 84.

²³ LONDOÑO, Fernando (2019): Comentario al artículo 318 del Código Penal, en Hernández, Héctor y Couso, Jaime (dir). *Código Penal comentado. Parte especial. Libro Segundo. Título VI (arts. 261 a 341)*. Editorial Thomson-Reuters, Santiago, pp. 520-521.

²⁴ LONDOÑO (2019), *ob. cit.*, pp. 519-524; NAVAS, Iván (2020): “Covid-19 e imputación objetiva del contagio”, en Criminal Justice Network, 9 de Junio de 2020, disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/covid-19-e-imputacion-objetiva-desu-contagio> [consulta: 25 de octubre de 2020]; MAÑALICH, Juan Pablo (2020). “Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual”, borrador inédito, disponible en <https://bit.ly/31SCg7P> [consulta: 12 de noviembre de 2020]; LONDOÑO, Fernando (2020a): “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, disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/responsabilidad-penal-para-losinfractores-de-la-cuarentena-revision-critica-de-los-arts-318-y-318-bis-del-codigopenal-nueva-ley-no-21240-mas-micro-que-macro> [consulta: 10 de Noviembre de 2020]; LONDOÑO, Fernando (2020b): “El ‘efecto cenicienta’: la magia de una política de persecución penal contra ley expresa” en Criminal Justice Network, disponible en:

LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 318 CP PRODUCIRÁ EFECTOS CONTRARIOS A LA CONSTITUCIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, resulta claro que la aplicación del artículo 318 CP inevitablemente generará efectos contrarios a la Constitución. En concreto, al no definir expresamente el núcleo central de la conducta prohibida u ordenada bajo amenaza de sanción penal, dicha disposición (i) infringe la garantía constitucional legalidad penal, en sus vertientes de reserva legal y de determinación y, por consiguiente, (ii) favorece una aplicación arbitraria y discrecional del poder punitivo estatal.

I. EL ARTICULO 318 CP NO DEFINE *EXPRESAMENTE* UNA CONDUCTA

El artículo 318 CP no define expresamente ningún comportamiento humano, ni siquiera en su “núcleo esencial”.²⁵ Para ello, basta considerar las expresiones utilizadas por el legislador para intentar definir la conducta merecedora de sanción penal.

Conforme al (actual) inciso primero del artículo 318 CP, el legislador busca sancionar a cualquier persona 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*”. De esta manera, existen dos cláusulas que, al menos teóricamente, podrían ser consideradas como posibles intentos de descripción de un comportamiento humano: (i) poner en peligro la salud pública e (ii) infringir las reglas higiénicas o de salubridad. Ninguna de esas expresiones, sin embargo, alcanza a describir, siquiera en sus elementos esenciales, el comportamiento que el legislador valoró como merecedor de un reproche y sanción penal.

(i) *Poner en peligro la salud pública*

Esta cláusula no describe un comportamiento, pues no existe ninguna conducta – activa u omisiva– que pueda ser entendida –de manera clara, patente y precisa– como una

<https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/el-efecto-cenicienta-lamagia-de-una-politica-de-persecucion-penal-contrale-ley-expresa> [consulta: 10 de noviembre de 2020]

²⁵ En este mismo sentido, NAVAS (2020), *ob. cit.*, señala que el artículo 318 CP “...se trata sencillamente de una norma penal que no contiene la conducta y entrega su determinación completa a los reglamentos que poseen un rango inferior a la ley. En este sentido, estaríamos ante un delito sin conducta, o si se prefiere, ante una norma cuyo núcleo esencial no está en una norma con rango de ley”.

instancia de realización de dicha expresión. Al contrario, la referida expresión parecería dar cuenta de un “resultado” que puede ser provocado –en todo caso– por un conjunto extenso e indeterminado de comportamientos.²⁶ Ahora bien, el hecho de establecer ese resultado como límite “externo” a la clase de comportamientos que podrían llegar a tener relevancia penal no equivale a *describir expresamente* –esto es, a delinear en sus elementos esenciales– un comportamiento humano. Se trata, más bien, de una limitación externa que condiciona la aplicación del tipo penal, pero que en nada avanza respecto de la descripción del núcleo de los comportamientos que el legislador considera como merecedores de sanción penal.

(ii) *Infringir las reglas higiénicas o de salubridad*

A través de esta expresión, el legislador tampoco describe un comportamiento. Al contrario, con esta cláusula el legislador simplemente realiza una remisión normativa, a través de la cual le ordena al juez determinar si el comportamiento que se le imputa al acusado constituye, además, una infracción a un cierto tipo de reglas dictadas por la autoridad administrativa, que pueden ser descritas como reglas de higiene o salubridad.

El problema es que, en este caso, el legislador no entrega ningún estándar o criterio objetivo que permita al juez determinar si las conductas que la autoridad administrativa ha exigido o prohibido en sus reglas higiénicas o de salubridad, se corresponden o no con aquellas que el legislador debió haber expresado, en su núcleo esencial, como merecedoras de un reproche y sanción penal.

Que el legislador no ha descrito ningún comportamiento con esta cláusula queda en evidencia tan pronto se tiene presente que la expresión “infringir” da cuenta de un juicio valorativo de contraste, entre lo que una persona ha ejecutado y lo que una determinada regla ha ordenado, prohibido o permitido realizar. En este caso, dicho contraste solo se puede realizar en relación con las conductas que la autoridad administrativa describe en las reglas higiénicas o de salubridad.

Desde el punto de vista de la autoridad sanitaria, resulta razonable –e incluso necesario– que ella cuente con un amplio margen para determinar qué comportamientos puede ordenar, prohibir o permitir realizar a las personas, para intentar contener los efectos negativos de una situación excepcional como una pandemia. Sin embargo, ese amplio

²⁶ En este mismo sentido, NAVAS (2020), *ob cit.*, indica: “El delito del art. 318 es una norma penal en blanco propia, esto es, que necesita remitirse a otra norma para ser complementada, pero una norma penal que no tiene descrita la conducta, pues la expresión ‘poner en peligro la salud pública’ hace referencia al resultado que se produce”.

margen de acción y discrecionalidad se vuelve intolerable desde el punto de vista de nuestro actual régimen constitucional, cuando se pretenden utilizar tales reglas para integrar una ley penal que no describe –siquiera en sus elementos esenciales– la clase de comportamientos que podrían llegar a tener relevancia penal.

En otras palabras, resulta inadmisibile desde el punto de vista constitucional que el núcleo central de las conductas amenazadas con sanción penal solo adquiera contenido en la regla higiénica o de salubridad que caso a caso dicta la autoridad administrativa y ya no en la ley formal.

La tesis del Ministerio Público

A juicio del Ministerio Público el artículo 318 CP cumpliría suficientemente con la garantía de legalidad penal y taxatividad. Ello, pues en su opinión, la referida disposición contendría un *“verbo rector que consiste en la prohibición de infringir reglas higiénicas o de salubridad, poniendo con ello en riesgo el bien jurídico protegido por la disposición, esto es, la salud pública”*.²⁷

Adicionalmente, el Ministerio Público destaca que la norma contendría dos condiciones o elementos que *“circunscriben el ámbito en que el injusto debe materializarse”*:²⁸ (i) en primer lugar, la norma exige que las reglas higiénicas o de salubridad se encuentren debidamente publicadas por la autoridad; y (ii) en segundo lugar, requiere que el hecho ocurra en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.

A todo lo anterior, el Ministerio Público agrega que –en todo caso– *“El artículo 318 del Código Penal forma parte de un régimen de excepción, que sólo se encuentra disponible bajo circunstancias dramáticas institucionalmente identificadas”*.²⁹

La posición del Ministerio Público sobre la supuesta constitucionalidad del artículo 318 CP no resulta atendible. Ello, pues en este caso no está en discusión que en Chile existe efectivamente un régimen jurídico para enfrentar situaciones de excepcionalidad. Tampoco que, en dicho contexto de excepcionalidad, la autoridad administrativa tenga facultades para restringir libertades básicas de las personas.

²⁷ Ver expediente Rol 9294-2020, fojas 115.

²⁸ *Ibíd.*, fojas 116.

²⁹ *Ibíd.*, fojas 121.

Al contrario, de lo único que se trata es que, ninguna de las normas que configura el referido régimen jurídico de excepcionalidad, autoriza al legislador a delegar en otras autoridades la facultad para definir el núcleo esencial de las conductas constitutivas de delito, mucho menos a suspender las garantías establecidas en los incisos finales del artículo 19 N° 3 de la Constitución.

En dicho contexto, no se trata de si la autoridad sanitaria puede o no exigir que las personas permanezcan en sus hogares durante ciertos períodos de tiempo, en orden a intentar contener una situación de catástrofe, epidemia, contagio u otra de similar naturaleza. Más bien, de lo que se trata es de si acaso la simple inobservancia de esas medidas puede ser sancionada inmediatamente como delito. En el derecho penal chileno vigente la respuesta a esta pregunta dependerá en gran parte de si acaso el artículo 318 CP cumple o no con la garantía constitucional de legalidad penal.

A juicio del requirente de inaplicabilidad, y de quienes suscriben esta presentación, la respuesta a dicha interrogante es negativa. Ello, por la simple razón de que, a diferencia de lo que pretende el Ministerio Público, la referida garantía no se cumple simplemente con el hecho de que el legislador describa una *situación fáctica* –aun excepcional– que condiciona la aplicación del *tipo penal*. Para cumplir con dicho mandato aquel debe describir los elementos esenciales de la *conducta* prohibida, pudiendo dejar entregado a otras autoridades o normas solo la determinación de elementos secundarios o accesorios. Si aquel no cumple con dicho mandato, entonces en la práctica el legislador –como ocurre en este caso– le entregará al Ministerio Público y a los tribunales con competencia penal una facultad que la Constitución no les ha conferido, a saber: la facultad de *definir* de manera *ad hoc* las conductas que pueden ser perseguidas y eventualmente sancionadas como delito.

Por ello es que de nada sirve que las normas higiénicas o de salubridad: (i) hayan sido dictadas por la autoridad administrativa en ejercicio de las potestades que le han sido conferidas por la Constitución y las leyes; (ii) que tales normas cuenten con la debida publicidad; o, incluso, (iii) que definan con total claridad y precisión las conductas que se exigen o prohíben realizar a las personas en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio. Nada de eso tiene la menor relevancia desde el punto de los límites a los que está sujeto el poder punitivo estatal –que es lo que aquí está en juego– si es que el legislador no ha cumplido mínimamente con el mandato constitucional de definir el núcleo esencial de un *comportamiento humano*.

Y la razón de ello es evidente: bajo nuestro orden constitucional solo el Legislador tiene la legitimidad para adoptar decisiones de criminalización de conductas. El deber de

reserva legal justamente garantiza que una de las decisiones más gravosa para las libertades civiles –y los derechos fundamentales en general– solo pueda ser adoptada mediante el proceso de formación de ley y por el órgano constitucionalmente competente para ello, asegurándose procedimentalmente la legitimidad formal de la decisión, sin perjuicio de los controles sustantivos adicionales que la propia Constitución contempla.

En otras palabras, el Estado solo puede afectar libertades fundamentales de las personas –como su libertad ambulatoria y/o propiedad– mediante el uso de un reproche de culpabilidad y la consiguiente imposición de una pena, si es que el legislador ha cumplido con el referido mandato, previsto en el inciso final del artículo 19 N° 3 de la Constitución. Y eso es precisamente lo que no ocurre con el artículo 318 CP.

III. EL ARTÍCULO 318 CP FAVORECE UNA APLICACIÓN ARBITRARIA Y DISCRECIONAL DEL DERECHO

El artículo 318 CP permite una aplicación arbitraria y discrecional del derecho penal. Ello, pues permite que el Ministerio Público elija cualquier norma dictada por el Ministerio de Salud (o por cualquiera de sus organismos dependientes, centralizados o descentralizados) para luego imputar responsabilidad penal a todo aquel que considere ha infringido tales normas.

Ese riesgo de aplicación arbitraria y discrecional se ve favorecido por la extrema variabilidad de las normas que el Ministerio Público invoca como meramente “complementarias” de la prohibición penal.

En efecto, desde el inicio de la pandemia hasta la fecha, la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud ha dictado más de 73 resoluciones exentas disponiendo medidas sanitarias y cambiando sus condiciones de aplicación o cumplimiento.³⁰ Sin embargo, ninguna de las referidas resoluciones exentas indica

³⁰ Ver resoluciones exentas de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud números 180 [de 16 de marzo], 183 [de 17 de marzo], 188 [de 18 de marzo], 194 [de 19 de marzo], 200 [de 20 de marzo], 202 [de 22 de marzo], 203 [de 24 de marzo], 208 [de 25 de marzo], 210 [de 26 de marzo], 212 [de 27 de marzo], 215 [de 30 de marzo], 217 [de 30 de marzo], 227 [de 1 de abril], 236 [de 2 de abril], 241 [de 3 de abril], 242 [de 5 de abril], 244 [de 6 de abril], 247 [de 7 de abril], 261 [de 14 de abril], 289 [de 21 de abril], 322 [de 28 de abril], 323 [de 29 de abril], 326 [de 3 de mayo], 327 [de 6 de mayo], 334 [de 11 de mayo], 341 [de 12 de mayo], 347 [de 13 de mayo], 349 [de 14 de mayo], 357 [de 19 de mayo], 373 [de 20 de mayo], 396 [de 27 de mayo], 403 [de 28 de mayo], 409 [de 1 de junio], 417 [de 3 de junio], 419 [de 4 de junio], 424 [de 7 de junio], 448 [de 10 de junio], 467 [de 17 de junio], 477 [de 19 de junio], 478 [de 21 de junio], 479 [de 24 de junio], 504 [de 1 de julio], 520 [de 8 de julio], 552

expresamente que el incumplimiento de la medida de aislamiento conocida como “toque de queda” sea constitutiva de delito. Al contrario, las resoluciones en cuestión simplemente indican que “...el incumplimiento de las medidas impuestas por la autoridad en virtud de esta resolución y las resoluciones señaladas en el numeral anterior serán fiscalizadas y sancionadas según lo dispuesto en el Libro X del Código Sanitario, así como en lo dispuesto en el Código Penal, cuando corresponda”.³¹

La pretensión de que las personas puedan llegar a conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de sus actos, en este contexto de intensa variación normativa y generalidad, resulta simplemente ilusoria. En el mismo sentido, también resulta ilusorio que el poder punitivo se encuentre suficientemente limitado por el hecho de que el Ministerio Público pretenda una persecución penal restringida. Si la tesis del Ministerio Público acerca de la pretendida constitucionalidad del artículo 318 CP fuese correcta, nada impediría que pudieran perseguirse actualmente como delito en Chile conductas tan disímiles entre sí como:

(i) mantener la operación de un jardín infantil o de cualquier establecimiento educacional, a partir del 17 de marzo de 2020;³²

(ii) realizar un evento público con más de 200 asistentes, a partir del 17 de marzo de 2020;³³ o con más de 50 asistentes a partir del 25 de marzo;³⁴

[de 12 de julio], 562 [de 15 de julio], 575 [de 22 de julio], 591 [de 23 de julio], 593 [de 24 de julio], 606 [de 29 de julio], 614 [de 31 de julio], 616 [de 2 de agosto], 635 [de 5 de agosto], 668 [de 12 de agosto], 693 [de 19 de agosto], 697 [de 23 de agosto], 719 [de 26 de agosto], 723 [de 30 de agosto], 736 [de 2 de septiembre], 742 [de 9 de septiembre], 772 [de 14 de septiembre], 777 [de 16 de septiembre], 778 [de 16 de septiembre], 804 [de 23 de septiembre], 831 [de 1 de octubre], 839 [de 5 de octubre], 840 [de 5 de octubre], 849 [de 8 de octubre], 868 [de 15 de octubre], 880 [de 21 de octubre], 894 [de 22 de octubre], 930 [de 29 de octubre], 934 [de 2 de noviembre] y 946 [de 5 de noviembre], todas del año 2020.

³¹ Esta mención se incluyó por primera vez en el numeral 6° de la resolución 183 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 17 de marzo de 2020. De ahí en adelante, se ha incorporado en prácticamente todas las resoluciones a través de las cuales la referida Subsecretaría ha dispuesto medidas sanitarias en el país.

³² Ver numeral 1° de la resolución 180 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 16 de marzo de 2020.

³³ Ver numeral 2° de la resolución 180 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 16 de marzo de 2020.

³⁴ Ver numeral 24° de la resolución 203 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 24 de marzo de 2020.

(iii) recalar un crucero de pasajeros en cualquier puerto chileno, a partir del 18 de marzo;³⁵ o, incluso,

(iv) cobrar a una persona más de \$25.000 por la realización del examen que permite diagnosticar el Covid-19.³⁶

Si bien la Constitución le entrega un amplio espacio de discrecionalidad al Ministerio Público para conducir la persecución penal y a los tribunales de justicia para cumplir con su función de adjudicación, en ningún caso dicho espacio de actuación se extiende –ni puede extenderse, de acuerdo a nuestro actual orden constitucional– a la *definición* del núcleo esencial de las conductas constitutivas de delito.

Los defectos de que adolece la disposición legal impugnada no se subsanan por el hecho de que el Ministerio Público o los tribunales de justicia realicen una interpretación “razonable” o una aplicación “restrictiva” de dicha disposición legal. Nuestro actual orden institucional simplemente no tolera que el legislador le entregue a esos órganos (o a cualquier otro) el poder para *definir* a su total arbitrio y de forma *ad hoc* el núcleo esencial de las conductas que pueden ser constitutivas de delito.

CONCLUSIONES

A juicio del Ministerio Público el artículo 318 CP sancionaría –entre otros supuestos– al que, en tiempo de pandemia, epidemia o contagio, simplemente permanece o transita por la vía pública, en un horario que ha sido definido por la autoridad como de toque de queda, sin contar con la autorización para ello. Sin embargo, lo cierto es que en dicha norma no se encuentra descrita –de ninguna manera– cuál es la conducta punible.

Dicha conducta más bien es construida de forma *ad hoc* por el Ministerio Público, a partir de una serie de normas administrativas de rango infralegal que la autoridad ha dictado a lo largo de la pandemia. Si bien la Constitución le ha conferido al Ministerio Público la facultad de dirigir de forma exclusiva la investigación penal, dicha potestad no se extiende –en caso alguno– a la posibilidad de *definir* o *construir* de forma *ad hoc* los comportamientos que pueden ser sancionados como delitos. Esta facultad –como ha

³⁵ Ver numeral 2° de la resolución 183 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 17 de marzo de 2020.

³⁶ Ver numeral 32° de la resolución 203 exenta de la Subsecretaría de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud, de fecha 24 de marzo de 2020.

sostenido reiteradamente el Tribunal Constitucional– pertenece, de manera esencial, al legislador.

No hay duda de que la pandemia del Covid-19 ha generado desafíos importantes para nuestro país. Uno de ellos ha sido cómo asegurar que las personas cumplan con las medidas dispuestas por la autoridad sanitaria para intentar contener la propagación del virus. Sin embargo, la excepcionalidad de esta situación no justifica en caso alguno que se dejen sin aplicación reglas básicas previstas por la Constitución, para asegurar la vigencia del Estado de Derecho y el respeto a garantías básicas de las personas. Conforme a tales reglas, ninguna autoridad, persona o grupo de personas puede atribuirse más autoridad o derechos que aquellos que la Constitución o las leyes le han conferido expresamente, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias o excepcionales.

En tal sentido, y a diferencia de lo que pretende el Ministerio Público, la excepcionalidad del Covid-19 no puede legitimar que el legislador no cumpla con su obligación constitucional de definir el núcleo esencial de las conductas que pretende sancionar como delito. Cuando el legislador no cumple con dicho mandato –como ocurre en este caso–, corresponde entonces que el Excelentísimo Tribunal Constitucional corrija dicho defecto, primero declarando la inaplicabilidad de la norma que motiva este requerimiento y luego expulsándola completamente del ordenamiento jurídico vigente en Chile.