



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

Análisis del artículo 318 del Código Penal Chileno

Uso y Aplicación en tiempo de pandemia.

Francisco Chávez Valenzuela

Carla Castillo Llanos

Profesor Guía: Rodrigo Ríos Álvarez

SANTIAGO, OCTUBRE DE 2023

INDICE

INTRODUCCION	3
CAPITULO I	
Historia de la norma	5
Bien Jurídico Protegido	10
Elementos del Tipo Penal.....	12
Delito de Peligro.....	16
Peligro Concreto.....	18
Peligro Abstracto.....	20
CAPITULO II	
La pandemia y sus efectos en Chile	24
Análisis de la actuación del Ministerio Público	26
Análisis de la actuación de la Defensoría Penal Pública.....	29
Principio de Ultima Ratio.....	30
CAPITULO III	
Primera sentencia	34
Segunda sentencia	41
Tercera sentencia.....	46
Cuarta sentencia	52
CONCLUSIÓN	
Análisis crítico, propuestas y comentarios finales	68
BIBLIOGRAFÍA	71

INTRODUCCION

El artículo 318 del Código Penal castiga a cualquier persona que ponga en riesgo la salud pública al infringir las normas de higiene o salubridad debidamente publicadas por la autoridad durante situaciones de catástrofe, epidemia o contagio. Durante la crisis sanitaria que afectó al país, las autoridades competentes intentaron fortalecer las medidas de aislamiento preventivo obligatorio mediante la aplicación de esta norma. Sin embargo, su uso ha revelado una serie de problemas que incluso cuestionan los principios del Derecho Penal, con la falta de certeza sobre el alcance preciso del delito tipificado y el uso excesivo del Derecho Penal como recurso para frenar el avance de la pandemia, lo que vulneraría según veremos el principio de ultima ratio.

El aumento explosivo y las cifras elevadas de casos relacionados con el artículo 318 del Código Penal revelan, además de una interpretación de la norma que consideramos inapropiada, una preocupante intervención del Derecho Penal. Especialmente alarmante resulta cuando se considera que el Derecho siempre debe ser el último recurso, proporcional a los bienes que protege, y que la aplicación de esta disposición a casos en los que no se ha comprobado un peligro de contagio, aunque exista una violación de las reglas de salubridad, podría llevar a la criminalización de una parte importante de la comunidad.

Además, no se puede ignorar la falta de uniformidad en los criterios jurisprudenciales aplicados por nuestros tribunales. Esto provocó en su momento, una clara incertidumbre sobre la sanción específica aplicable a los imputados en particular, lo que terminó afectando directamente los derechos fundamentales de quienes han infringido las normas de higiene emitidas por la autoridad competente.

Ante esta situación, en esta memoria abordaremos el problema jurídico y las críticas dirigidas a la aplicación del artículo 318 del Código Penal, centrándonos en las posturas surgidas en torno a su clasificación como delito de peligro concreto o abstracto, debido a su relevancia práctica, y en las implicaciones que ambas clasificaciones tendrían para los imputados, la sociedad en su conjunto y la utilización del Derecho Penal como último recurso. También realizaremos un análisis de la jurisprudencia en la materia, analizando los fallos más relevantes del tanto del Tribunal Constitucional, como de la Corte Suprema. Todos los fallos han sido cuidadosamente seleccionados en función de los criterios específicos, teniendo relación entre sí con los argumentos expuestos en los considerandos que sirvieron de base para fundamentar las decisiones de los jueces.

En esta memoria, examinaremos la norma en cuestión, el criterio para su aplicación, la jurisprudencia existente con relación al artículo 318 y haremos un análisis crítico proponiendo posibles soluciones para abordar los conflictos identificados.

La idea central de este trabajo es presentar de manera práctica y concisa, un análisis de la situación acaecida durante la pandemia, planteando la problemática identificada y algunas soluciones para abordar los distintos problemas y dificultades identificados en relación con el delito tipificado en el artículo 318 del Código Penal.

En lo que se refiere al marco teórico, hemos dividido este trabajo en tres capítulos, cada uno de los cuales se subdivide en temas relacionados, donde abordaremos los puntos más cruciales respecto al análisis de la norma. A modo de respaldo de nuestra investigación, se harán las citas correspondientes tanto de la jurisprudencia analizada, como de la doctrina disponible de los distintos autores que han contribuido al debate desde diferentes perspectivas.

El primer capítulo, se enfocará en los aspectos doctrinales del tipo penal descrito en el artículo 318 del Código Penal. Dividiremos este capítulo en tres secciones principales: en primer lugar, presentaremos los antecedentes históricos del artículo 318 y las leyes que modificaron su redacción, es decir, la Ley N° 17.155 de 1969 y la Ley N° 21.240 de 2020. En segundo lugar, analizaremos los elementos normativos del tipo, incluyendo su conducta típica y otros elementos relevantes para esta investigación. En tercer lugar, examinaremos detalladamente el bien jurídico protegido por la norma, es decir, la salud pública. En cuarto lugar, el análisis respecto del debate doctrinal sobre la naturaleza del artículo 318 del Código Penal como delito de peligro.

El segundo capítulo, tiene como objetivo plantear y explicar el enfoque jurídico penal que ha sido utilizado, tanto por el Ministerio Público (Fiscalía) como por la Defensoría Penal Pública, respecto de la aplicación de esta norma, durante la vigencia de la emergencia sanitaria.

El tercer capítulo, se realizará un análisis jurisprudencial, específicamente a cuatro importantes fallos pronunciados por los máximos tribunales del país.

Finalmente, a modo de conclusión, presentaremos una serie de posibles soluciones, desde la perspectiva de lo que debiese ser la correcta utilización del Derecho Penal, al problema de la interpretación y aplicación del delito de puesta en peligro de la salud pública por vulneración de las reglas de higiene o salubridad emitidas por la autoridad competente durante situaciones de catástrofe, epidemia o contagio.

CAPITULO I

Historia de la norma

En esta sección nos centraremos en exponer brevemente algunos antecedentes históricos del tipo penal en cuestión, con el fin de contextualizar de manera más adecuada una discusión que se ha prolongado hasta nuestros días.

De acuerdo con el itinerario registrado en el acta de la Sesión 173 del 17 de octubre de 1873 de la Comisión Redactora del Código Penal, el artículo actualmente conocido como artículo 318 fue incluido en el proyecto como el número 17 del artículo 497. Este último era una disposición especial que se encontraba dentro del párrafo sobre las epizootias, con el propósito de “penar a los que infringen las órdenes de la autoridad tendentes a impedir la propagación del contagio”¹. Durante esa misma sesión, los miembros de la Comisión observaron que también era necesario castigar como delito la misma infracción cuando se refiere a medidas tomadas en casos de epidemias entre personas, ya que sería ilógico que “en el primer caso se imponga pena de delito i el segundo se relegue a la categoría de las faltas, a pesar de que es más grave”². Por lo tanto, se decidió eliminar ese número del artículo 497 y “colocarlo como artículo independiente bajo el núm. 321 en el párrafo 14 del Título VI”³.

Así, el artículo 321 (actual artículo 318) se redactó de la siguiente manera:

Artículo 318 (vigente desde 01-MAR-1875 hasta 11-OCT-1927)

El que infrinjere las reglas hijiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de epidemia o contajio, será castigado con reclusion menor en sus grados mínimo a medio o multa de ciento a mil pesos.

Después de la entrada en vigor del Código Penal en 1874, este fue objeto de diversas modificaciones, principalmente debido a “la necesidad de adaptarlo a las nuevas necesidades”⁴. Una de estas modificaciones, que nos interesa abordar a continuación, fue introducida por la Ley N° 17.155, del 11 de junio de 1969, en relación con los delitos contra la Salud Pública. Esta ley vino a reemplazar, en términos generales, a “sustituir el antiguo párrafo 14 del Código penal por el actual, que sanciona los Crímenes y simples delitos contra la salud pública”⁵.

¹ Actas de la Comisión Redactora del Código Penal (1874), p. 311.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ IÑESTA PASTOR (2004), p. 327.

⁵ HINOSTROZA (2021).

La Ley N° 17.155 realizó modificaciones en la redacción original del artículo 318 del Código Penal en dos aspectos principales. En primer lugar, reemplazó la sanción alternativa de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de 100 a 1,000 pesos establecida en 1873, por una sanción de presidio menor en su grado mínimo o multa de 6 a 200 Unidades Tributarias Mensuales. En segundo lugar, “añadió un requisito elemental a la infracción a las reglas higiénicas o de salubridad, esto es, la necesidad de poner en peligro la salud pública”⁶. Por lo tanto, el artículo 318 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera, hasta el 19 de junio de 2020, según el cuerpo normativo correspondiente:

Artículo 318 (vigente desde 17-MAY-1997 hasta 19-JUN-2020)

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

Este punto es, de hecho, uno de los más debatidos por la jurisprudencia al decidir si considerar el delito tipificado en el artículo 318 como un delito de peligro abstracto o uno de peligro concreto. Sin embargo, abordaremos esto más detalladamente al final de este capítulo.

A partir del 20 de junio de 2020, en el contexto de la pandemia de Covid-19 que afectó al mundo y con un aumento significativo de muertes e infecciones en Chile, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.240, destinada a sancionar la falta de cumplimiento del aislamiento u otras medidas preventivas decretadas por la autoridad sanitaria en casos de epidemias o pandemias. En términos generales, esta ley endureció las sanciones establecidas anteriormente en el artículo 318. Reemplazó la pena privativa de libertad de presidio menor en su grado mínimo por una pena de presidio menor en su grado medio, ampliando así el período de privación de libertad desde los 61 días originales, quedando ahora en 3 años y 1 día. También aumentó la sanción de multa original, estableciendo un máximo de 200 Unidades Tributarias Mensuales para aquellos condenados por poner en peligro la salud pública.

La norma analizada en esta memoria se encuentra regulada en el Código Penal, Libro II “Crímenes y simples delitos y sus penas”, título vi “de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, párrafo xiv. crímenes y simples delitos contra la salud pública.

⁶ DÍAZ BAEZA y CARRAZANA GÁLVEZ (2020), p. 135.

Así, el artículo 318 (última versión vigente desde 15-JUN-2023 al 10-AGO-2023) quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 318 (inciso primero)

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

Esta modificación legal hecha por la Ley N° 21.240, agregó una circunstancia agravante en el segundo inciso de la norma:

Artículo 318 (inciso segundo)

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.

Por otro lado, se añadió una disposición en el tercer inciso, que se refiere al ámbito de aplicación del procedimiento monitorio en casos donde la pena solicitada por el Ministerio Público sea únicamente una multa de 6 Unidades Tributarias Mensuales:

Artículo 318 (inciso tercero)

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.

Por último, la Ley N° 21.240 introdujo dos nuevos artículos bajo el título de los delitos contra la salud pública: el artículo 318 bis y el artículo 318 ter.

El artículo 318 bis del Código Penal regula el delito de propagación de agentes patológicos en tiempo de pandemia, epidemia o contagio. Este delito sanciona a quien, a sabiendas, genere riesgo de propagación de agentes patológicos con infracción de una orden de la autoridad sanitaria.

La pena para este delito es de presidio menor en su grado medio a máximo, y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales.

El artículo 318 bis fue introducido al Código Penal en el año 2020, como una respuesta a la pandemia de Covid-19. El objetivo de este artículo es sancionar a quienes incumplan las medidas sanitarias que se establecen para prevenir la propagación de enfermedades contagiosas.

Algunas de las medidas sanitarias que pueden ser objeto de este delito son: el aislamiento o cuarentena; la prohibición de reuniones o eventos; el uso de mascarillas; la distancia social.

El artículo 318 bis es un delito de peligro concreto, lo que significa que se requiere que el agente haya generado un riesgo real de propagación de la enfermedad. No es suficiente que el agente haya incumplido una medida sanitaria, sino que también debe haber existido un riesgo real de que se produzca la propagación de la enfermedad.

Artículo 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.

El artículo 318 ter del Código Penal regula el delito de "Obligación de concurrir al trabajo en cuarentena". Este delito consiste en que, a sabiendas y teniendo autoridad para disponer el trabajo de un subordinado, se 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.

Quien infrinja esta norma tendrá la pena asignada para este delito siendo 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.

Este artículo fue introducido en el Código Penal por la Ley 21.240, que fue promulgada en junio de 2020. Esta ley fue dictada en el contexto de la pandemia de Covid-19, con el objetivo de sancionar a quienes obliguen a sus trabajadores a concurrir a sus lugares de trabajo en contravención de las medidas sanitarias impuestas por la autoridad.

En lo relativo a las modificaciones a la Ley N°20.393, la que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, es importante destacar que el nuevo delito incorporado como artículo 318 ter, se ha incorporado también al catálogo de la Ley N°20.393, de tal manera que no sólo responderán los empleadores (personas naturales) que cometan el delito bajo las condiciones antes señaladas, sino que también la propia empresa (persona jurídica) a la que pertenezcan, en la medida que ello implique un beneficio y se cumplan los demás requisitos dispuestos en la Ley 20.393 para imputar la responsabilidad penal corporativa.

Este delito puede ser cometido por cualquier persona, ya sea natural o jurídica, que tenga autoridad para disponer el trabajo de un subordinado. Por ejemplo, un jefe de departamento, un gerente, un dueño de empresa, etc.

Para que se configure este delito, es necesario que el trabajador se encuentre en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio decretado por la autoridad sanitaria. La autoridad sanitaria es el Ministerio de Salud o la autoridad que éste designe.

El lugar de trabajo debe ser distinto del domicilio o residencia del trabajador. Por ejemplo, si el trabajador vive en Santiago y su lugar de trabajo es en Viña del Mar, se configura este delito.

Si el trabajador no se encuentra en cuarentena o aislamiento sanitario obligatorio, no se configura este delito. Por ejemplo, si el trabajador se encuentra en aislamiento preventivo.

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.

Es importante tener en cuenta la diferencia existente entre el artículo 318 ter que se aplica a las personas naturales o jurídicas y el artículo 318 bis, que sanciona a las personas naturales que incumplan las medidas sanitarias.

Tanto el artículo 318 bis, como el artículo 318 ter, son herramientas importantes para prevenir la propagación de enfermedades contagiosas. Sin embargo, es importante los artículos se apliquen de manera proporcional y justa. No se debe criminalizar a las personas naturales o jurídicas que incumplan las medidas sanitarias de manera accidental o por desconocimiento.

Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido en el artículo 318 del Código Penal Chileno es la salud pública. Esta normativa busca proteger la salud pública sancionando a quienes ponen en riesgo la salud de los demás al propagar agentes patológicos en tiempos de pandemia, epidemia o contagio. Las personas que infrinjan esta normativa serán castigadas por poner en riesgo la salud de otros al generar un riesgo de propagación de agentes patológicos. Esta sanción tiene como objetivo disuadir a las personas de realizar conductas que puedan poner en riesgo la salud pública, y de proteger a la población de las enfermedades.

La salud pública es un bien jurídico fundamental para el desarrollo y bienestar de la sociedad, siendo el artículo 318 del Código Penal una herramienta importante para su protección. Sin embargo, es relevante preguntarnos qué se entiende conceptualmente por Salud Pública.

En primer lugar, algunos autores definen la salud pública como un bien jurídico que “abarca todas aquellas manifestaciones que inciden sobre el bienestar físico, psíquico y social de la persona y de la comunidad, entendida ésta como el conjunto de personas que conviven de manera estructurada e independiente”⁷.

Por otro lado, también puede definirse como “un conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos”⁸.

Estas definiciones revelan un elemento común: la salud pública, ya sea considerada como una condición o una manifestación, se refiere a la colectividad de los individuos. En este sentido, se ha calificado a la salud pública como un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual.

Siendo considerado un bien jurídico colectivo, es decir, que pertenece a todos los miembros de la sociedad. Resulta esencial para el desarrollo de la vida en comunidad, ya que permite que las personas vivan sanas y libres de enfermedades.

⁷ GAZENMÜLLER, FRIGOLA y ESCUDERO (1997), p. 68.

⁸ HASSEMER y MUÑOZ CONDE (1995), p. 46.

Es importante destacar, que a través de los bienes jurídicos colectivos se busca “extender la protección a intereses menos individuales, pero de gran importancia para la sociedad”⁹.

En términos generales, la salud pública se refiere al estado de bienestar físico, mental y social de una población. Es importante proteger la salud pública porque es vital para el desarrollo de las personas y de las sociedades. Cabe señalar que la salud pública podría verse amenazada por una serie de otros factores, a parte de las enfermedades infecciosas, como por ejemplo la contaminación ambiental, los estilos de vida poco saludables, entre otras afectaciones.

⁹ BALBUENA (2010), p. 13.

Elementos del Tipo Penal

El tipo penal del artículo 318 está integrado por los siguientes elementos:

▪ Bien jurídico protegido: La salud pública.
▪ Sujeto activo: Cualquier persona.
▪ Sujeto pasivo: La salud pública.
▪ Verbo rector: "Pusiere".
▪ Objeto material: El peligro de la propagación de enfermedades infecciosas.
▪ Tiempo: Catástrofe, epidemia o contagio.
▪ Lugar: Cualquier lugar del dentro del territorio nacional.
▪ Conducta típica: El elemento objetivo del delito es la infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad.
▪ Elemento subjetivo: El dolo es el elemento subjetivo del delito. Se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de que su conducta pone en peligro la salud pública y que además quiera ponerla en peligro.

Ahora bien, sabemos que se pueden identificar con relativa facilidad los elementos del tipo penal contenidos en la norma en cuestión. De acuerdo con lo anterior, podríamos señalar que el artículo 318 del Código Penal contiene ciertos elementos principales, por lo que “requiere de la presencia copulativa de tres elementos”¹⁰: poner en peligro la salud pública; que dicho peligro sea consecuencia de la infracción de reglas higiénicas o de salubridad publicadas por la autoridad; que esto ocurra durante una catástrofe, epidemia o contagio.

En cuanto a la conducta típica de infringir las reglas higiénicas o de salubridad poniendo en riesgo el bien jurídico protegido, se podría sostener que sería una conducta indeterminada.

Por lo tanto, considerando que “esta infracción adoptará en concreto diversas modalidades, según cuál sea el contenido específico de la regla vulnerada, por lo que habrá tantas conductas punibles posibles como mandatos o prohibiciones correlativos en el marco de las reglas de higiene o salubridad”¹¹.

¹⁰ DÍAZ BAEZA y CARRAZANA GÁLVEZ (2020), p. 137.

¹¹ LONDOÑO (2019), p. 519.

La expresión referida a las reglas infringidas debe ser entendida como “sinónimo de norma jurídica”¹², lo que genera como consecuencia que la norma sea “comprensiva de normas de cualquier jerarquía dentro del ordenamiento jurídico”¹³.

Hemos revisado la Ley N° 17.155, en cuanto a los cambios propuestos, pero una particularidad de esta modificación legal radica en establecer que las reglas higiénicas o de salubridad infringidas deben haber sido debidamente publicadas por la autoridad. Estas reglas se entenderán vigentes y tendrán validez solamente “en cuanto publicadas en tiempo y forma en el Diario Oficial”¹⁴.

Adicionalmente, el tipo penal requiere que la infracción ocurra dentro de un espacio de tiempo determinado, debe ser necesariamente durante una catástrofe, epidemia o contagio.

No hay una definición legal de catástrofe. Sin embargo, la Ley 21.364, que establece el Sistema Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres, define una catástrofe como "cualquier evento violento de origen natural o antrópico que produce una alteración significativa en el funcionamiento de la sociedad y que provoca daños a las personas, a sus bienes o al medio ambiente". La definición anterior es similar a la utilizada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que define una catástrofe como "un evento o conjunto de eventos que causa una pérdida significativa de vidas humanas, lesiones, daños materiales o daños al medio ambiente, que excede la capacidad de la comunidad o sociedad afectada para hacer frente por sí sola".

Sin embargo, según la doctrina nacional, la ley al no haber definido estos conceptos, quedaran entregados a la interpretación y determinación que haga el juzgador en el caso concreto.

Por último, la situación excepcional de catástrofe sería aquella “provocada por obra humana o por fuerzas naturales y se caracteriza por el daño extenso que afecta a un número importante de personas”¹⁵.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ ETCHEBERRY (1997), p. 292.

Respecto a lo que se entiende por “epidemia”, ésta se encuentra definida en el artículo 55 del Código Sanitario en los siguientes términos: “epidemia: la extensión de un foco infeccioso o su multiplicación”. Siendo este el único caso en que encontramos definición legal y su significado ha sido determinado de manera normativa. Dentro del mismo artículo se agregan las siguientes definiciones: "foco infeccioso": núcleo activo o latente o agentes patógenos en un medio apto para su supervivencia, multiplicación y transmisión, que puede propagar enfermedades infecto-contagiosas. "persona infectada": una persona que padece de una enfermedad sujeta a cuarentena o que se presume que está infectada con dicha enfermedad. "sospechoso": toda persona que la autoridad sanitaria considere haber estado expuesta al riesgo de ser infectada por una enfermedad sujeta a cuarentena y que puede propagar dicha enfermedad.

Junto con lo anterior, también parte de la doctrina ha definido epidemia en los siguientes términos “la propagación o extensión de enfermedades infectocontagiosas dentro de cierto territorio, acometiendo simultáneamente a un gran número de personas por un determinado tiempo”¹⁶.

No hay una definición legal de contagio en Chile. Sin embargo, el término se utiliza comúnmente para referirse a la transmisión de una enfermedad de una persona a otra. El contagio puede producirse por contacto directo con fluidos corporales, por contacto indirecto con superficies contaminadas o por el aire. En Chile, las autoridades sanitarias están facultadas para tomar medidas para prevenir y controlar el contagio de enfermedades. Estas medidas pueden incluir el aislamiento de las personas infectadas, el rastreo de contactos y la vacunación.

La palabra “contagio” debe ser entendida como un término más amplio que el de epidemia y se podría definir como “la acción o efecto de contagiarse o contagiar a otro”¹⁷.

El ordenamiento jurídico chileno no define el concepto de pandemia. Sin embargo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como una epidemia que se extiende por un área geográficamente muy amplia, generalmente a través de varias naciones o continentes, con propagación rápida y sostenida en el tiempo.

¹⁶ BALMACEDA HOYOS (2020), p. 5.

¹⁷ Ibid.

Finalmente, respecto del término “pandemia” entendida como “enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región”¹⁸. Es interesante considerar este término formaría parte de los elementos del tipo o dentro de la disposición del artículo 318 del Código Penal, punto no ha sido resuelto hasta ahora.

En resumen, el artículo 318 del Código Penal se aplica en situaciones de catástrofe, epidemia o contagio. Para que tenga aplicación el artículo 318, es necesario además que la persona haya generado riesgo de propagación de agentes patológicos. Esto significa que el sujeto activo ha hecho algo que ha aumentado la probabilidad de que una enfermedad se propague. Por ejemplo, la persona puede haber estado en contacto con una persona enferma, puede haber estado en un lugar donde hay una enfermedad contagiosa, o puede haber estado en contacto con agentes patológicos.

También es necesario que el infractor haya actuado con conocimiento de causa. Esto quiere decir que la persona sabía que estaba generando riesgo de propagación de agentes patológicos. Por ejemplo, la persona puede haber sabido que estaba en contacto con una persona enferma, puede haber sabido que estaba en un lugar donde hay una enfermedad contagiosa, o puede haber sabido que estaba en contacto con agentes patológicos.

¹⁸ ROSELLI (2020), p. 169.

Delito de Peligro

Los delitos de peligro se consideran una forma de prevenir daños futuros. Al castigar las conductas que generan un riesgo de daño, el Estado busca disuadir a las personas de cometerlas y proteger a la población de los posibles daños. Los delitos de peligro son una forma de proteger a la población de los daños que pueden causarse por la conducta humana. Estos delitos son importantes porque ayudan a prevenir los posibles daños, protegiendo así la salud pública.

En Chile, al igual que en otras legislaciones, se considera un delito de peligro aquel en el que se castiga la conducta que pone en riesgo un bien jurídico protegido, aunque el daño efectivo no se haya producido. Es decir, no es necesario que el acto delictivo haya causado un perjuicio real o un resultado dañino para que se considere un delito. En este tipo de delitos, el enfoque recae en la peligrosidad de la conducta en sí misma, y la ley busca prevenir posibles daños o riesgos para la sociedad, incluso si no se materializan en un resultado concreto. Por lo tanto, la mera acción o negligencia que ponga en peligro bienes jurídicos protegidos puede ser sancionada penalmente.

Este delito es considerado de peligro porque el legislador chileno busca prevenir y evitar posibles riesgos para la salud pública, castigando la mera acción de incumplir las normas de salubridad que han sido establecidas para proteger a la población. Un ejemplo de este tipo de delito podría ser la violación de medidas sanitarias en el contexto de una pandemia, como la no utilización de mascarillas en lugares públicos o la realización de eventos masivos prohibidos, ya que estas acciones podrían poner en peligro la propagación de enfermedades contagiosas y afectar la salud de la población.

El artículo 318 del Código Penal ha sido objeto de críticas por su ambigüedad, ya que no define con claridad lo que significa "poner en peligro la salud pública". Esta ambigüedad ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia nacionales hayan cuestionado el carácter del artículo 318 y que consecuentemente, las exigencias que deben satisfacerse para imputar este delito y luego aplicar una condena que no resulte en una vulneración de las garantías constitucionales.

En particular, se ha señalado que el artículo 318 es una norma demasiado amplia, ya que podría utilizarse para castigar cualquier comportamiento que, por remoto que sea, pueda poner en peligro la salud pública. Esto podría conducir a la criminalización de conductas que no son realmente dañinas y a la vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la libertad.

Además, se ha señalado que el artículo 318 es una norma demasiado imprecisa, ya que no establece con claridad qué elementos deben estar presentes para que se pueda imputar el delito de puesta en peligro de la salud pública. Esto podría conducir a una aplicación arbitraria de la norma, generando como consecuencia una contravención del principio de legalidad.

A continuación, presentaremos las distintas posturas existentes sobre este tema, examinando en igual medida cada una de ellas.

Una importante distinción que debemos realizar previamente, atendiendo a la relación entre el tipo penal con el bien jurídico protegido, nos estamos refiriendo a saber que se entiende por delito de lesión que “son aquellos en que la ley describe una conducta que trae consigo la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico”¹⁹, mientras que los delitos de peligro serán aquellos en que “el legislador considera suficiente para su incriminación la puesta en peligro, es decir, la probabilidad de una lesión concreta al bien jurídico tutelado”²⁰.

De acuerdo con lo anterior, los delitos de peligro suelen definirse como aquello en que el legislador considera suficiente para sancionar la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, es decir, que este corra un riesgo concreto. En cuanto a su clasificación puede ser: delitos de peligro concreto y de peligro abstracto.

¹⁹ POLITOFF LIFSCHITZ (2001), p. 180.

²⁰ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2013), p. 210.

Peligro Concreto

Son delitos de peligro concreto “aquellos que requieren una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico, que se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir (ex post) que existió un curso probable que conducía al resultado temido”²¹.

Respecto de aquellos que consideran que el delito de puesta en peligro de la salud pública es un delito de peligro concreto, sostienen que la mera infracción de las reglas impuestas por la autoridad sanitaria no sería suficiente, sino que se debería demostrar la existencia de un peligro real para el bien jurídico protegido por la norma.

Los delitos de peligro concreto son aquellos en los que “el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de daño”²². En los delitos de peligro concreto se exige que la conducta creada por el autor sea real y efectivamente una situación de peligro o riesgo de la integridad del bien jurídico protegido. Su tipicidad incluye la prueba de la existencia efectiva del peligro.

Los de peligro abstracto en cambio, son aquellos que la ley presume, por el solo hecho de realizar una acción, que se ha puesto en peligro el bien jurídico tutelado. Los delitos de peligro abstracto son aquellos en que “la consumación del tipo no exigiría comprobar ni la lesión ni la exposición a dicho riesgo por el bien jurídico”²³.

A su vez, tal delito de peligro, abstracto o concreto, redundará, necesariamente, en el grado de previsibilidad que debe exigirse al sujeto activo respecto del resultado de su acción delictiva. En efecto, en los delitos de peligro, en forma diversa a los delitos de lesión, no es imprescindible que el bien jurídico protegido por la norma sufra un daño efectivo, sino que es la acción típica la que explica, por sí misma, la posibilidad para que tal daño o lesión sea real o inminente. Por ello, en los delitos de peligro media una probabilidad de que el acto desplegado por el sujeto activo genere una amenaza nítidamente plausible al bien jurídico protegido.

²¹ POLITOOF, MATUS y RAMÍREZ, Op. Cit. p. 210

²² MADRIGAL NAVARRO (2015), p. 172.

²³ BASCUR RETAMAL (2019), p. 562.

Si el delito de peligro se comprende bajo el prisma de ser uno de peligro concreto, esto implica que la actividad del sujeto activo crea una amenaza inminente de afectación para el bien jurídico protegido, lo cual es la regla general en los delitos de peligro, lo que, indudablemente, exige respecto del autor una mayor previsibilidad respecto de la causa del daño.

En cambio, conforme a la visión de ser un delito de peligro abstracto, ello entraña que no es exigible una amenaza inminente al bien jurídico protegido, sino que basta la mera posibilidad de que pueda ocasionarse una afectación del bien protegido por el tipo penal. Por ende, aquí no se exige previsibilidad por parte del sujeto activo, bastara la consideración de que es suficiente la sola realización de la acción prohibida por ley como para presumir el riesgo de daño al bien jurídico. Se podría afirmar que la dificultad en cuanto a su determinación y aplicación radica en que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, mientras que los de peligro abstracto serían de mera actividad, satisfaciéndose por la mera realización de la conducta, sin importar si ésta ha causado un resultado dañoso o no.

Peligro Abstracto

Son delitos de peligro abstracto aquellos en que “el legislador atendida la naturaleza de una conducta y/o el contexto en que se realiza, la ha considerado portadora de un cierto grado de peligrosidad para la integridad o seguridad de un bien jurídico, razón por la que la prohíbe”²⁴.

Se considera a este tipo de delito como aquellos de simple o mera actividad, es decir, como una conducta que infringe el deber de cuidado sin la necesidad que ésta efectivamente se verifique, quedando el delito en carácter de consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido ningún riesgo sobre el bien jurídico. Será labor del juzgador, quien no tendría que entrar a valorar si esa peligrosidad pudiese o no ocasionar el daño, sino que deberá conformarse con la constatación de que la conducta supuestamente peligrosa haya sido efectivamente realizada. En este sentido se los define como “aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro”²⁵.

Parte de la doctrina considera que el artículo 318 del Código Penal es un delito de peligro abstracto, por lo que no sería necesario que se produzca un daño para que se configure el delito. Entonces, para considerarlo peligro abstracto, “bastaría la sola infracción a las disposiciones adoptadas por la autoridad sanitaria para configurar el tipo penal en cuestión”²⁶.

Un claro ejemplo de cómo se podría configurar el delito de poner en peligro la salud pública sería: transitar por las calles durante el horario de toque de queda o hacerlo sin el permiso de desplazamiento requerido por la autoridad para desplazarse en comunas que estén en cuarentena.

²⁴ NAQUIRA RIVEROS (1998), p. 87.

²⁵ ROXIN (2007), p. 407.

²⁶ TAPIA (2020).

En síntesis: dado que la finalidad del artículo 318 del Código Penal es proteger la salud pública, dicha protección solo puede lograrse si se establece que esta disposición es un delito de peligro abstracto; una interpretación contraria pondría en riesgo la salud de un número indeterminado de personas. La protección de los bienes jurídicos supraindividuales debe necesariamente "debe encauzarse a través de la tipificación de delitos de peligro abstracto"²⁷. Esto se debe a que los nuevos riesgos que afectan a la sociedad, como una pandemia, por ejemplo, no permiten la verificación o comprobación del peligro, lo que imposibilita la aplicación, en dichos casos, de los bienes jurídicos de carácter individual.

Por último, es indispensable analizar la relación en cuanto a la consideración de este delito como uno de peligro abstracto y el control de la pandemia.

En esencia, la consideración del delito establecido en el artículo 318 se basaría en razones de prevención en lugar de fundamentarse únicamente en el tenor literal de la norma. A través de una interpretación que permita su aplicación incluso en casos donde no se haya confirmado un contagio efectivo por parte del individuo, los organismos de persecución y los tribunales nacionales buscarían prevenir la realización de conductas que puedan contribuir a una mayor propagación del virus sars-cov-2 y limitar, de alguna manera, el avance de la pandemia en territorio chileno.

En cierto sentido, se busca generar un temor en la población sobre las posibles consecuencias penales asociadas con acciones que podrían aumentar el número de contagios de la enfermedad. Esto implica considerar a todos los acusados de este delito como posibles transmisores del virus, independientemente de si han sido afectados efectivamente por él, por lo que no sería necesario comprobar circunstancias que pongan en peligro la salud pública. Por lo tanto, para que exista el delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal, bastaría con la mera infracción de las medidas restrictivas y otras normas sanitarias impuestas por la autoridad competente.

A continuación, presentaremos algunos argumentos esgrimidos a favor de clasificar el delito establecido en el artículo 318 del Código Penal como un delito de peligro concreto.

²⁷ HERNÁNDEZ (2016), p. 174.

Siguiendo el tenor literal de la norma y la Ley N° 17.155 de 1969 que modificó el Código Penal de la época en relación con los delitos contra la salud pública. Específicamente, esta ley introdujo una nueva redacción al artículo 318 del Código Penal, agregando el requisito adicional, en atención al sujeto activo de la conducta: poner en peligro la salud pública, infringiendo las reglas de salubridad.

Diferentes tribunales del país han sostenido que esta modificación introducida por el legislador de ese entonces indica que el delito en análisis es de peligro concreto, ya que, en virtud de dicha modificación, se requeriría demostrar un peligro para el bien jurídico tutelado en lugar de simplemente infringir formalmente las normas. Además, esta interpretación se ve respaldada por la historia de la Ley N° 17.155.

Por lo tanto, dado que la formulación de poner en peligro la salud pública abarca una multiplicidad de conductas heterogéneas entre sí y que esta heterogeneidad dificulta un estudio estadístico sobre su posible peligrosidad para la propagación del virus sars-cov-2, resulta improbable determinar la lesividad de estas conductas mediante criterios objetivos que respalden la consideración del delito establecido en el artículo 318 como un delito de peligro abstracto.

Respecto de la aplicación del artículo 318 del Código Penal, podemos sostener que se debe respetar los principios del derecho penal. Pero la legitimación de la intervención penal está fuertemente cuestionada en estos días, sobre todo en aquellas hipótesis de peligro donde podría resultar difícil la identificación del principio de lesividad, el cual se concretaría para algunos con la afectación del bien jurídico, donde el “daño social es el fundamento y medida de la pena prevista por la ley en un Estado de Derecho”²⁸.

Algunos autores señalan que “la crítica (a los delitos de peligro abstracto), en definitiva, surge debido a que la presunción de peligro de la conducta no satisface los requisitos mínimos de lesividad material que debe reunir una conducta para imponer una pena, lesionando el principio básico de lesividad, vulnerando las exigencias constitucionales”²⁹.

²⁸ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2003), p. 67.

²⁹ BULLEMORE y MACKINNON (2010), p. 21

En la misma línea, se ha afirmado que "el fundamento de la punibilidad en los delitos de peligro es el peligro"³⁰, lo que implica que los delitos no pueden ser castigados sin la presencia de peligro. Además, los delitos de peligro siempre "son de resultado; en otras palabras, requieren una situación peligrosa efectiva"³¹, por lo que la noción de delitos de peligro abstracto, basados únicamente en el desvalor de la acción, debe ser rechazada.

Este punto es sumamente relevante, ya que no se puede ignorar que debido al avance tecnológico y la consolidación del concepto de "sociedad del riesgo", en las últimas décadas ha habido una expansión del Derecho Penal que pone en peligro la idea de que el Derecho Penal "debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas"³².

Finalmente, resulta llamativo que los tribunales, conociendo de las causas donde se imputo y acuso por este delito, no hayan podido desde un principio alertar sobre el uso y aplicación que se estaba haciendo de esta herramienta, que en definitiva significo la causa de la imputación de un alto número de casos en los que en definitiva no se demostró la existencia de dicho peligro.

El artículo 318 del Código Penal es una podría llegar a ser una herramienta valiosa para proteger la salud pública. Sin embargo, su aplicación debe respetar los principios del derecho penal y los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ y POLITOFF LIFSCHITZ (1968), p. 35.

³¹ Ibid.

³² CARNEVALI RODRÍGUEZ (2008), p. 13.

CAPITULO II

La pandemia y sus efectos en Chile

El Covid-19 es una enfermedad respiratoria causada por un virus llamado Sars-Cov-2. Con la información disponible hasta ahora, se podría aseverar que la pandemia de Covid-19 comenzó en diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, China. El virus se propagó rápidamente a otros países de Asia, Europa y luego al resto del mundo. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que la pandemia era una emergencia de salud pública de importancia internacional.

La pandemia de Covid-19 comenzó en Chile el 3 de marzo de 2020, cuando se confirmó el primer caso de la enfermedad, la que se extendió rápidamente en todo el país. Desde la llegada de la pandemia, el Gobierno de la época a través del Ministerio de Salud tuvo que diseñar, implementar y coordinar una estrategia para enfrentar la grave amenaza a la salud pública, con la finalidad de evitar la propagación del coronavirus Covid-19.

Desde el punto de vista legal, se dispuso de 2 medidas con el objeto de enfrentar de mejor manera la pandemia. La primera de ellas, a través del Decreto N°4 del Ministerio de Salud dictado el 5 de enero de 2020, en el que se decretó alerta sanitaria, por el plazo de un año. La segunda, quizás la más relevante para efectos del análisis realizado en esta memoria, se dio cuando el Gobierno decretó estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública. Este decreto estableció que el estado de excepción se aplicaría en todo el territorio nacional, y que tendría una duración de 90 días. El estado de excepción fue prorrogado en varias ocasiones, y finalmente terminó el 30 de septiembre de 2021.

Dentro de todas las medidas adoptadas por la autoridad, quizás la más relevante, fue el toque de queda. El toque de queda en Chile durante la pandemia por Covid-19 fue una medida restrictiva que se implementó el 22 de marzo de 2020, y que estuvo vigente hasta el fin del estado de excepción. El toque de queda consistió en la prohibición de la libre circulación de personas y vehículos entre las 22:00 y las 05:00 horas, salvo por razones laborales, de salud o urgencia.

La razón que la justifico estuvo íntimamente relacionada con la prevención de contagio. Es decir, para evitar la propagación de la enfermedad, se limitó la libertad ambulatoria y la libre circulación de las personas por todo el territorio nacional, previniendo en cierta forma un daño futuro e irreparable a la salud de la población.

La información específica del estado de excepción es la siguiente:

Norma legal: Decreto Supremo N° 104 del 18 de marzo de 2020
Artículo 41 de la Constitución Política. El estado de excepción, habilita para restringir ciertos derechos fundamentales, tales como, el derecho de reunión, la libertad de circulación y también se puede disponer la requisición de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar las medidas extraordinarias de carácter administrativo, que sean necesarias para el restablecimiento de la normalidad.
Vigencia: 90 días / prorrogado por varios Decretos en múltiples ocasiones hasta 30/09/2021
Ámbito territorial: Todo el territorio nacional.
Medidas aplicadas: Cierre de fronteras; Toque de queda; Cordones sanitarios; Cuarentena; Suspensión de clases presenciales; Teletrabajo obligatorio para algunos sectores; Uso obligatorio de mascarilla; Distanciamiento social; Prohibición de eventos masivos, entre otras.

Análisis de la actuación del Ministerio Público

Durante la pandemia, la aplicación del artículo 318 del Código Penal generó un amplio debate jurídico. Parte de la discusión estuvo centrada en el enfoque en la persecución penal que tuvo el Ministerio Público durante la vigencia de la emergencia sanitaria.

En un principio y según consta en el oficio enviado por la Fiscalía Nacional N° 057/2020 (16/01/2020) dirigido a los fiscales regionales, jefes y adjuntos, jefes de gestión, asesores jurídicos, abogados asistentes de fiscal y administradores de las fiscalías de todo el país, con la finalidad de impartir criterios de actuación en delitos contra la salud pública entre otros, se precisó que el artículo 318 correspondería a lo que se conoce una figura de peligro concreto que sanciona a todo aquel que ponga en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, siempre que ello ocurra en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio y que las referidas reglas hubieren sido debidamente publicadas por la autoridad.

Posteriormente en un correo electrónico (04/05/2020) enviado por el Fiscal Nacional se instruyó que el artículo 318 del Código Penal debería ser interpretado como un delito de peligro hipotético, cuya consumación demanda la constatación de una circunstancia en que el comportamiento (por sí mismo) posea la aptitud para poner en riesgo la salud pública y esa aptitud se evidenciaría en aquellas situaciones en que el infractor se pone en posición de transformarse en un vector de contagio. Tal interpretación tiene su fundamento, en la unificación de jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema (Roles N° 125.436-2020; 149.239-2020 y 131.966-2020), por medio de la cual se consolidó la interpretación del correcto sentido y alcance del delito previsto en el artículo 318 del Código Penal.

Sin embargo, a partir de la promulgación de la Ley N° 21.240 se modificó nuevamente el criterio previamente establecido a través de un nuevo instructivo (20/06/2020), señalando que se trataría de un delito de peligro abstracto, ya que los bienes jurídicos colectivos, —como la salud pública— a diferencia de los bienes jurídicos individuales, no se encuentran expuestos a una lesión empíricamente constatable, razón por la cual se acepta, modernamente, que su afectación sólo puede ser captada, adecuadamente, a través de la estructura de los delitos de peligro abstracto.

No deja de llamar la atención el cambio de criterio o enfoque en la persecución penal que tuvo esta instrucción —teniendo en cuenta que dicha reforma no modificó en modo alguno la descripción de la conducta punible— y en qué medida haya sido esto una consecuencia de la entrada en vigor de la Ley N° 21.240.

La estrategia de criminalización utilizada por el Ministerio Público se sostuvo en que la naturaleza del artículo 318 es la de un delito de peligro abstracto, cuya comisión se satisface con la sola infracción de las reglas sanitarias impuestas por la autoridad competente que tienen por objeto restringir la libertad ambulatoria de las personas, sin distinciones ni criterios y que sean dictadas en tiempo de catástrofe.

En otras palabras, en los delitos de peligro abstracto basta la prohibición pura y simple de una conducta que el legislador considera portadora de un peligro, sin que sea necesaria la verificación del peligro que se pretende evitar.

Esta postura seguida por el Ministerio Público se vio reflejada en cifras: Según el informe del Ministerio Público, un total de 529.357 imputados fue ingresado al sistema de justicia penal por cometer delitos contra la salud pública durante el año 2020 y 2021 como respuesta a la política criminal de la Fiscalía de Chile de perseguir y ejercer la acción penal en contra de quienes infringen las normas sanitarias durante el estado de emergencia por la pandemia del Covid-19. La gran mayoría de los imputados fue formalizado o requerido en juicio simplificado y/o monitorio, lo que forma parte de la postura institucional y, particularmente, de los criterios de actuación impartidos por el Fiscal Nacional.

Para el Ministerio Público la naturaleza del peligro que exige el delito del artículo 318 es abstracta, por tanto, basta la sola infracción a la cuarentena o toque de queda sin contar con permiso para que se configure el delito. De acuerdo con esta interpretación que el Ministerio Público hizo del artículo 318, las policías podían detener a quién se encuentre fuera de su domicilio sin el permiso, tanto en zonas con cuarentena, como durante el horario de toque de queda, producto de esto se endureció la persecución penal que ya se estaba llevando adelante desde el momento en que comenzaron a regir las diversas restricciones a la libertad ambulatoria.

Una vez que una persona era detenida, tenía que ser puesta a disposición del juez de garantía correspondiente. En la respectiva audiencia, una vez declarada la legalidad de la detención, habiendo formalización, en un alto número de casos se decretó la medida cautelar de mayor intensidad en nuestro sistema la prisión preventiva. En general, las alegaciones del Ministerio Público para acreditar los supuestos materiales de la medida cautelar están orientadas a señalar que la conducta de los imputados fue contumaz, al existir reiteración de las conductas, invocando los actos administrativos de la autoridad y los partes de detención de las policías. Para justificar la necesidad de cautela, se asevera que la conducta pone en peligro la salud pública, toda vez que se trata de un delito de peligro abstracto, se reconoce que el imputado no está en la situación de espera de examen de PCR, no está en listado de personas de contacto estrecho y no está en los casos positivos, si fuese así sería formalizado por delito del artículo 318 bis. Concluyendo que el hecho de estar transitando en la vía pública sí constituye un peligro real, por lo que se entiende que es la única medida que tiene mérito para resguardar la seguridad de la sociedad.

Análisis de la actuación de la Defensoría Penal Pública

La otra cara de la moneda la represento la postura de la Defensoría Penal Pública respecto del artículo 318 del Código Penal al considerar que se trataba de un delito de peligro concreto. Es decir, para que el comportamiento del agente pueda subsumirse en este delito se debe acreditar que el bien jurídico protegido (salud pública) estuvo en efectivo riesgo.

Bajo esta postura, para que se configure el delito requiere de algo más que las infracciones a las reglas de higiene y salubridad dictadas por la autoridad. Así, una persona que no está ni estuvo contagiada de Covid-19, pero que simplemente incumplió la cuarentena o toque de queda sin contar con un permiso de desplazamiento, en principio, no estaría cometiendo delito, puesto que con su accionar nunca puso en riesgo el bien jurídico protegido (salud pública).

En tribunales, a la hora de controvertir la legalidad de la detención, las principales alegaciones por parte de la defensa van orientadas a discutir que no se está afectando el bien jurídico protegido, puesto que no se exponen antecedentes que den cuenta de contagio positivo (en la gran mayoría de los casos), síntomas del virus o algún tipo de situación que cuenta de la idoneidad para poner en peligro el bien jurídico, y solo se estaría frente a un incumplimiento de una norma dictada por la autoridad. De esta forma, en caso de detención por incumplimiento de cuarentena o toque de queda, el procedimiento policial debería limitarse a cumplir con lo estipulado en el artículo 134 del Código Procesal Penal que regula que quien fuere sorprendido por la policía in fraganti cometiendo un hecho constitutivo de faltas o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, sólo será citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de domicilio.

Según cifras correspondientes al año 2021 entregadas por el Defensor Nacional en su cuenta pública, se pudo constatar que un total de 121.342 personas fueron absueltas o sobreseídas durante este periodo, siendo la cifra más alta desde el inicio de la reforma procesal penal, lo que correspondió al 30% del total de causas terminadas. De ellas, el 55% corresponden a personas imputadas por el artículo 318 del Código Penal, el que durante el año 2020 y 2021 fue utilizado por parte del ente persecutor como una herramienta penal para controlar un fenómeno sanitario y para perseguir el incumplimiento del toque de queda y de las cuarentenas durante la pandemia.

Lo anterior generó un ingreso y recarga masiva del sistema penal. Esto motivo a la Defensoría Penal Pública para recurrir a los máximos tribunales del país (Corte Suprema y Tribunal Constitucional), sedes en las que finalmente termino siendo acogida nuestra tesis que siempre sostuvimos respecto de que estas conductas no merecían reproche penal alguno.

Principio de Ultima Ratio

En cualquier manual de Derecho penal, se puede encontrar el principio de ultima ratio como una limitación al ius puniendi estatal. Sin embargo, el concepto es aún más amplio y ocupa un lugar todavía más trascendental, pues representa una pauta que orienta la manera con que se ejerce el poder sancionador. Este principio brindará tutela a aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, no ha sido fácil asentar una noción definitiva acerca de lo que ha de comprenderse por Derecho Penal. En sentido estricto, podríamos decir que es un conjunto de normas reguladoras de la conducta, que están sujetas a una sanción. En sentido amplio “el derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad”³³.

En Chile han existido numerosos cuestionamientos al uso y aplicación del Derecho Penal para sancionar infracciones cometidas durante la pandemia. De esta forma, es y sigue siendo controvertido la manera en la que se utilizó el Derecho Penal para sancionar el incumplimiento de las medidas decretadas durante la emergencia sanitaria. Durante este periodo se impuso una medida restrictiva de derechos (toque de queda) y se utilizó el Derecho Penal como mecanismo para enfrentar la pandemia, controlar la propagación del virus y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias impuestas por la autoridad.

Por esta razón existen principios limitadores del poder punitivo estatal, entre ellos el de ultima ratio, que implica que el Derecho Penal debe ser el último recurso al que el Estado pueda recurrir para proteger determinados bienes jurídicos, por lo que, solo debería recurrirse a este cuando no existan otras formas de control menos lesivas. “La intervención penal significa una solución de extrema ratio y, por tanto, está gobernada por los principios de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos”³⁴.

En el caso de que se haga una mala utilización de esta herramienta, nos pone a todos en peligro como sociedad, dado que se pierde la legitimidad del Derecho Penal tensionando los límites del poder punitivo del Estado (IUS PUNIENDI), es decir, la facultad de castigar. El Derecho Penal no puede transformarse en la respuesta que entrega el Estado frente a cualquier conflicto que surja.

³³ ROXIN (1997), p. 41.

³⁴ KÜNSEMÜLLER (2018), p. 156.

El Derecho Penal debería tener una aplicación subsidiaria, por lo que ninguna contribución podría hacer para prevenir la propagación del Covid-19 o la superación de la emergencia sanitaria.

Una de las consecuencias que tuvo la pandemia de Covid-19 en Chile, se vio reflejada en un aumento considerable de la persecución penal de ciertas conductas como la de infringir el toque de queda que, con anterioridad, no se perseguían penalmente.

Ahora bien, debemos preguntarnos entonces si en la aplicación del artículo 318 del Código Penal hubo o no una vulneración a el principio de ultima ratio. En ese sentido, podemos afirmar que, en efecto, sí existe un medio más idóneo para castigar a quienes quebranten o infrinjan las medidas sanitarias impuestas por la autoridad. Nos referimos a las sanciones aplicables en el ámbito administrativo (multas). Sin embargo, en la práctica se ha preferido recurrir al Derecho Penal y a la potestad punitiva del Estado con el propósito de sancionar comportamientos que no tienen fundamento suficiente para recurrir a esta aérea del derecho, toda vez que dichas conductas no tendrían la peligrosidad necesaria para la aplicación de normas penales sin que dicha aplicación signifique una vulneración al principio de la intervención mínima.

En consecuencia, esta afectación al principio de intervención mínima se verifica con la sanción a conductas que, objetivamente, no constituyen una vulneración real y efectiva al bien jurídico protegido, lo que no justificaría una intervención del Derecho Penal en esta materia. Bien jurídico que, tal como lo establecimos con anterioridad, debe ser afectado a través de conductas realmente peligrosas que no puedan ser sancionados o resueltos con métodos menos lesivos.

Esencialmente, a lo que se apunta es a que “el Derecho Penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas formales e informales. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso”³⁵.

De esa manera, interpretar y aplicar el artículo 318 como un delito de peligro abstracto (postura del Ministerio Público) —caso en el cual bastaría con la sola infracción a las medidas dispuestas por la autoridad sanitaria— implicaría “la negación del carácter de ultima ratio del Derecho Penal”³⁶ no siendo legítima la intervención punitiva.

³⁵ CARNEVALI RODRÍGUEZ (2008), p. 13.

³⁶ HUERTAS (2016), p. 47.

En otras palabras, “ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno”³⁷.

De este modo, aun cuando nadie duda que el principio de ultima ratio constituye un límite esencial al poder punitivo del Estado, las dificultades se presentan cuando deben fijarse criterios que brinden un contenido material, puesto que no cabe duda de que principios como el de ultima ratio tienen un matiz de carácter político, pues, en definitiva, la decisión de intervenir penalmente constituye una determinación del legislador.

En la actualidad una de las particularidades del Derecho Penal moderno es su carácter de PRIMA RATIO, entonces resulta urgente buscar argumentos para precisar cuándo es necesario recurrir a este, en términos de eficiencia y racionalidad.

Respecto de la manifestación o más bien la tendencia expansiva del derecho penal, deberíamos reflexionar sobre el camino que está tomando esta rama del derecho. “Así, nos enfrentamos a un problema de legitimación mientras mayor sea la intrusión en la sociedad de la amenaza penal, pues no podemos desconocer que es necesario limitar el poder estatal, ya que, en su seno, es donde se definen, de la manera más transparente y dramática, las relaciones entre el Estado y el ciudadano, entre la autoridad y la libertad, entre la defensa social y las garantías individuales”³⁸.

Finalmente, sabemos que el poder punitivo está sujeto a límites y su ejercicio debe respetar el Principio de Ultima Ratio (intervención mínima). Los hechos demuestran que hubo una mala utilización de esta norma en la mayoría de los casos, por lo que no se justificaría la utilización del Derecho Penal en este ámbito. Lo veremos con mayor profundidad en el análisis jurisprudencial que realizaremos en el capítulo siguiente.

³⁷ ZAFFARONI (1998), p. 128.

³⁸ FERRAJOLI (2009).

CAPITULO III

A continuación, se analizarán cuatro sentencias que dicen relación con los principales problemas que han surgido por imputaciones penales a raíz de los hechos acaecidos durante la emergencia sanitaria. Se trata de tres pronunciamientos que fueron dictados por la Corte Suprema y uno por el Tribunal Constitucional, teniendo como característica en común, que todos los fallos coinciden en cuanto a la similitud de los hechos acaecidos, sus fundamentos y lo resuelto, siendo todos ellos argumentativamente muy similares entre sí, de modo tal que podría tratarse de una jurisprudencia relevante que debiese servir de base para una correcta interpretación en esta materia.

En todos los casos analizados se trataba de uno o dos individuos (no contagiados con el virus sars-cov-2) quienes fueron hallados circulando por la vía pública fuera del horario permitido, sin contar con autorización para el efecto, ni concurriendo circunstancia alguna que pudiese justificar o exculpar el quebrantamiento de la medida.

- El primer análisis corresponde a la sentencia de fecha 25 de marzo de 2021, en la causa ROL N° 125.436-2020 de la CORTE SUPREMA respecto de los hechos que dicen relación con la conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Cochrane.
- El segundo análisis corresponde a la sentencia de fecha 20 de abril de 2021, en la causa ROL N° 149.239-2020 de la CORTE SUPREMA respecto de los hechos que dicen relación con la conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Talca.
- El tercer análisis corresponde a la sentencia de fecha 23 de abril de 2021, en la causa ROL N° 131.966-2020 de la CORTE SUPREMA respecto de los hechos que dicen relación con la conducta de infracción al toque de queda en la comuna de Iquique.
- El cuarto análisis corresponde a la sentencia de fecha 1 de julio de 2021, dictada por el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL con el ROL 9927-20-INA, resolviendo un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 318 del Código Penal.

Revisaremos detalladamente las resoluciones de los máximos tribunales del país, especialmente las tres sentencias de la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema, puesto que comparten un criterio común, en cuanto establecen que el solo hecho de quebrantar el “toque de queda” no es razón suficiente para que se configure el delito del artículo 318 del Código Penal. En todos los casos analizados que se verán no concurrió ningún otro factor de peligrosidad distinto o adicional. Cabe destacar que los supuestos de hecho (infringir el toque de queda) son compartidos por las cuatro sentencias que serán analizadas a continuación.

Primera Sentencia

CORTE SUPREMA
ROL: 125436-2020
Caratulado: GABRIEL IVAN GARAY VILA C/ LEONEL ALFREDO GUTIERREZ CARRASCO
Fecha sentencia: 25-03-2021
Materia: Recurso de nulidad
Submateria: Errónea aplicación del derecho
Materia: Crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad pública cometidos por particulares
Submateria: Delitos contra la salud pública
Sala: SEGUNDA, PENAL
Resultado recurso: ACOGE RECURSO DE NULIDAD
Tipo recurso: (PENAL) NULIDAD

Hechos

“Habiendo sido decretado por el Presidente de la República el día 18 de Marzo de 2020 mediante el Decreto N° 104 el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe a nivel nacional por el brote y desarrollo de la enfermedad infecto-contagiosa conocida como Covid-19, y en protección a la Salud Pública fue decretado a su vez por el Ministerio de Salud mediante resolución exenta N° 202 de fecha 22 de Marzo de 2020, una medida de aislamiento sanitario por horas, materializada en un toque de queda a nivel nacional entre las 22:00 hrs. y las 05:00 A.M. de cada día, con la finalidad de evitar el riesgo de propagación de la referida enfermedad, debiendo permanecer los habitantes de la República en su domicilio en la franja horaria indicada, medidas que fueron debidamente publicadas en el diario oficial, no obstante ello, los imputados Marcelo Iván Millapán Catalán y Leonel Alfredo Gutiérrez Carrasco, con fecha 18 de abril de 2020, infringieron la medida de aislamiento sanitario, siendo sorprendidos por funcionarios Militares en calle Patagonia con intersección Octavio Vargas de la ciudad de Cochrane, a las 22:20 horas. Siendo entregados al personal policial, sin portar salvoconducto ni permiso para ello”.

Juzgado de Letras y Garantía de Cochrane

10º) Que, a juicio de esta sentenciadora, los hechos precedentemente establecidos son constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 318 del Código Penal, esto es, el que pusiere en peligro la salud pública por infracción a las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio, en relación a lo que señala, a su vez, la Resolución Exenta N°202 de fecha 22 de marzo del año 2020, del Ministerio de Salud, la cual fue dictada considerando las motivaciones que señala pormenorizadamente en su desarrollo y contenido, entre ellas, haber concluido la autoridad sanitaria respectiva que el virus denominado Covid-19 es considerado como una pandemia que afecta a todo el país, e incluso a nivel mundial, y que en razón de ello se ha declarado el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en el territorio nacional, resolviendo diversas medidas sanitarias, entre las cuales se encuentra la que se dispone en el numeral 7 de la referida Resolución Exenta: la medida que restringe la libertad ambulatoria de los habitantes del territorio nacional, en una franja horaria determinada, entre las 22:00 y las 5:00 horas –a la época de comisión de los hechos– denominada también toque de queda. Asimismo, la Resolución Exenta antes señalada dispone que el incumplimiento a las normas preventivas sanitarias que ella establece, será sancionado de conformidad con lo que dispone el Código Penal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto por los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 50 y 70, 318 del Código Penal; y artículos 47, 388 y siguientes, 295, 297, 340, 341 y 342 del Código Procesal Penal, SE DECLARA:

I.- Que, SE CONDENAN a MARCELO IVÁN MILLAPÁN CATALÁN, RUN N°17.935.454-3, ya individualizado, a la pena de multa de TRES Unidades Tributarias Mensuales, en calidad de autor del delito consumado de infracción de las reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de epidemia poniendo en peligro la salud pública, ilícito previsto y sancionado en el artículo 318 del Código Penal, cometido el día 18 de abril del año 2020 en la comuna de Cochrane.

II.- Que, para el pago de la multa antes impuesta, se le confieren tres parcialidades iguales, mensuales y sucesivas de una Unidad Tributaria Mensual cada una, debiendo pagar la primera de ellas, a más tardar el último día del mes siguiente a la ejecutoriedad de la presente sentencia. Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa impuesta, sufrirá por vía sustitución, la pena de prestación de servicios en beneficio a la comunidad, contando con su aquiescencia; en caso

contrario en Tribunal impondrá por vía sustitución y apremio a la pena de multa, la de reclusión, regulándose un día por cada tercio de Unidad Tributaria Mensual.

III.- Que se exime al sentenciado del pago de las costas, por haber sido representado por la Defensoría Penal Pública.

Regístrese y en su oportunidad archívese previa constancia de los estados pertinentes.

RIT N° 133-2020 / RUC 2000393294-0

Resolución del recurso

ACOGE RECURSO de NULIDAD (parte resolutive)

Santiago, veinticinco de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Y visto además lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad intentado por la defensa de Marcelo Iván Millapán Catalán, y en consecuencia se invalida la sentencia del Juzgado de Garantía de Cochrane de fecha quince de septiembre de dos mil veinte, recaída en sus autos de juicio simplificado RIT 133-2020, la que se reemplaza por la que a continuación, y separadamente, se dicta.

Se previene que el Ministro (S) Sr. Zepeda fue de opinión de señalar que no se puede extender la punibilidad interpretativamente, al estar prohibida in malam partem, lo que el fallo infringe al incorporar al artículo 318, una medida instrumental preventiva dada por la autoridad administrativa en relación al virus Covid 19.

En efecto, los principios y reglas constitucionales del artículo 19 , número 3 de la Constitución, recogidos en el artículo 1 del Código Penal, ordenan castigar penalmente conforme a los principios de reserva de ley, de suficiente determinación del delito, de culpabilidad, de racionalidad como manifestación del principio de igualdad, de proporcionalidad y de lesividad, los que siempre son obligatoriamente utilizables para interpretar la disposición penal, conforme a la hermenéutica establecida en el artículo 5 , inciso segundo , de la Carta Fundamental.

Redacción del Ministro suplente Sr. Raúl Mera Muñoz y la prevención de su autor.

Regístrese y comuníquese.

Sentencia de reemplazo

Santiago, veinticinco de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS:

De la sentencia anulada se reproducen sus fundamentos primero a noveno, ambos inclusive, y asimismo su fundamento décimo tercero.

Y teniendo además presente:

1.- Que como se dijo en los motivos 6 a 11 de nuestro fallo de nulidad, que se dan aquí por reproducidos, los hechos establecidos respecto de la conducta del encausado no alcanzan a cumplir la exigencia de haber puesto en peligro la salud pública, que la norma del artículo 318 del Código Penal contiene, 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 dos sujetos veinte minutos más allá de la hora permitida, en la vía pública, sin que se agregue que se dirigían, siquiera, a una reunión con otras personas o que de cualquier modo (que no fuera esa sola permanencia en calles desiertas), generaran la hipótesis de un riesgo a la salud pública.

2.- Que, en consecuencia, los hechos han constituido solo una infracción administrativa, sancionable a ese título, pero no un delito penal, lo cual impone la necesaria absolucón del imputado requerido. Por cierto, el que la resolución exenta que estableció el asilamiento domiciliario nocturno dijera que su infracción sería sancionada conforme a las reglas del Código Penal, nada agrega, porque no es la autoridad administrativa, a través de sus resoluciones o reglamentos, quien puede establecer cuándo una conducta resulta sancionable a título penal.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 318 del Código Penal y artículos 340, 347, 373 letra b), 385 y 389 del Código Procesal Penal, se declara:

Que se absuelve a Marcelo Iván Millapán Catalán, ya individualizado en el primer motivo del fallo que se anulara (reproducido en éste), del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público, como autor del delito de infracción al artículo 318 del Código Penal.

Álzanse todas las cautelares y cancelanse todas las garantías de comparecencia que se hubieren dispuesto respecto del sentenciado, tomándose nota en los registros policiales y públicos de cualquier orden, en que figuraren.

Redacción del Ministro suplente Sr. Raúl Mera Muñoz.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Análisis y comentario

De manera preliminar y previo a entrar al fondo (análisis del fallo) quisiéramos exponer los argumentos planteados ante el Juzgado de Garantía tanto del Ministerio Público como de la Defensoría Penal Pública.

Según consta en el fallo condenatorio los hechos descritos configuran, a juicio del Ministerio Público, el delito consumado de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad, prescrito y sancionado en el artículo 318 del Código Penal. A juicio del ente persecutor, el imputado tuvo participación en calidad de autor ejecutor, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 15 N° 1 del Código Penal. En opinión del Ministerio Público, no concurrió ninguna circunstancia modificatoria de responsabilidad penal. El Ministerio Público solicitó que se castigue al acusado con la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias generales y las costas de la causa.

Por otro lado, la Defensa solicitó la absolución, señalando que el artículo 318 al ser un delito de peligro concreto, no se darían los elementos del tipo porque el imputado no puso en peligro la salud pública, ya que es público y notorio el hecho que en Cochrane no existían casos activos de Covid-19, siendo resorte del Ministerio Público probar que el imputado tenía algún síntoma o enfermedad (no se rindió prueba científica respecto al imputado) para establecer que puso en peligro la salud pública. En el supuesto que se tratase de un delito de peligro abstracto, tampoco bastaría con que se realice la acción, sino que se requiere que la conducta tenga cierta lesividad o aptitud para que exista el riesgo, por lo cual solamente habría una infracción administrativa. Para confirmar lo anterior, si el imputado hubiera sido sorprendido a las 21:20 horas no habría sido detenido por el artículo 318, pero se cae en el absurdo de que sí puso en peligro la salud pública después de las 22:20 horas.

Finalmente, y en subsidio de todo lo anterior, solicitó que la conducta atribuida al requerido sea recalificada a la falta del artículo 495 N°1, o bien, en subsidio, a la del artículo 496 N°1 del mismo Código, que tienen que ver con desobediencia a la autoridad, pues no respetar el toque de queda es una infracción administrativa, medida preventiva para evitar aglomeraciones, pero no tiene que ver necesariamente con poner el riesgo la salud pública. Cuestión por la cual, el imputado caminando en la calle junto a otra persona no podría poner en peligro la salud pública.

El tipo de peligro envuelto en este delito sería concreto, no abstracto; y que incluso, algunos autores que adhieren a que se trata de peligro abstracto, entienden que la mera infracción administrativa no configura este delito, sino que exigen que la conducta ostente una idoneidad lesiva para afectar la salud pública (delitos de peligro abstracto-concreto). Señaló como ejemplos los delitos de peligro abstracto de conducción en estado de ebriedad, los contenidos en la Ley N°20.000 y en la Ley de Control de Armas, indicando que en todos ellos se requiere de alguna prueba de carácter científico que dé cuenta de esa idoneidad lesiva.

Respecto del fallo de la EXCMA. Corte Suprema podemos señalar lo siguiente:

El fallo señala con claridad el tipo penal “pusiere en peligro la salud pública”, describiendo así la conducta punible. Pero esta conducta típica no se configura con la sola infracción de determinadas normas sanitarias, sino que se exige además que exista un peligro específico. Por lo que la tipicidad de este delito requiere de ambos componentes (Considerando 5°).

La ley exige que se ponga en peligro la salud pública, generando la conducta del infractor un riesgo real para el bien jurídico protegido. Tal como se dijo anteriormente, no basta la infracción a las reglas de salubridad, ya que, si se sancionara esta sola conducta, estaríamos frente a lo que se conoce como un delito de peligro abstracto. La corte descartó esto último.

La corte hace referencia a una categoría intermedia (entre el peligro concreto y abstracto) a la que se conoce en doctrina como “peligro hipotético o abstracto-concreto”. Explica el mismo el mismo fallo “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 sería el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal” (Considerando 6°).

Se hace referencia a propósito de esta categoría intermedia de peligro hipotético o de idoneidad, que la conducta no solo puede ser cometida necesariamente por una persona contagiada con Covid-19, extendiendo así la posibilidad a que existan otros sujetos activos del hecho punible (Considerando 7°).

El fallo descarta que la conducta del imputado haya significado un peligro ni concreto ni hipotético para la salud pública, formulando además un reproche a la actuación del Ministerio Público en este caso “El Ministerio Público se equivoca en su requerimiento, cuando imputa la comisión del delito “de infracción a las reglas higiénicas o de salubridad”. Ese delito no existe; existe en cambio el de poner en riesgo la salud pública mediante tales infracciones, y la comparación entre una y otra formulación devela desde ya la diferencia, que se refiere justamente a la exigencia de una generación de riesgo, siquiera hipotético, y no a una sola constatación formal de haberse infringido una orden administrativa” (Considerando 10°).

El toque de queda impuesto por la autoridad tiene como finalidad impedir la reunión o aglomeración de personas impidiendo con esto situaciones hipotéticamente peligrosas generadoras de riesgos y potencialmente fuentes de contagio. La infracción al toque de queda no es generadora de riesgo alguno y es solo reprochable con una sanción administrativa (Considerando 11°).

Finalmente, el fallo en cuestión menciona la falta de la antijuridicidad material de la conducta y falta de tipicidad de la misma. El fallo condenatorio de primera instancia dictado por el juzgado de garantía no aplicó correctamente la ley (artículo 318) ni tampoco tuvo en consideración su naturaleza jurídica como delito de peligro hipotético (Considerando 12°).

En resumen, la Corte Suprema acogió el recurso de nulidad y absolvió al acusado, señalando que no existió un peligro para la salud pública, estableciendo que el toque de queda es una medida de carácter administrativo, y que no puede ser utilizada para justificar una condena en sede penal, sentando así un precedente importante en la jurisprudencia que posteriormente fue utilizado para impugnar otros fallos en los que se condenó por este mismo delito, según veremos.

Segunda Sentencia

CORTE SUPREMA
ROL: 149239-2020
Caratulado: FELIPE TOMAS IRARRAZABAL SOTO C/ VICTOR FELIPE CONTRERAS PALAVECINO
Fecha sentencia: 20-04-2021
Materia: Recurso de nulidad
Submateria: Errónea aplicación del derecho
Sala: SEGUNDA, PENAL
Resultado recurso: ACOGE RECURSO DE NULIDAD
Tipo recurso: (PENAL) NULIDAD

Hechos

“Que en la madrugada de los días 4 de Mayo, 12 de Mayo y 27 de Julio, todos del año 2020, el requerido Gabriel Morales Morales, fue sorprendido por funcionarios de Carabineros transitando en la vía pública de la ciudad de Talca, sin contar con el correspondiente salvoconducto que lo autorizare, imperando en toda la república la medida obligatoria de aislamiento residencial, -toque de queda- , entre las 20.00 horas y las 5.00 horas del día siguientes, en virtud del Estado Constitucional de Catástrofe por calamidad pública declarada por su excelencia el Presidente de la República, según Resolución Exenta N°104, de 18 de Marzo del año 2020 y prorrogado hasta la fecha”.

Juzgado de Garantía de Talca

Los hechos antes descritos configuran tres delitos previstos y penados en el artículo 318 del Código Penal, que sanciona con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 6 a 20 Unidades Tributarias Mensuales al que “pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”.

La participación del recurrido en cada uno de los delitos es de autor, por haber intervenido en su ejecución de manera inmediata, como lo disponen los artículos 14 N°1 y 15 N°1 del Código Penal.

Con lo anterior y atento, además, lo dispuesto por los artículos 1, 7, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 25, 30, 67, 69 y 318 del Código Penal; artículos 45, 47, 295, 297, 340, 388 siguientes del Código procesal Penal, SE DECLARA:

I- Que se condena a GABRIEL ESTEBAN MORALES MORALES, cédula de identidad número 19.806.913-2, a TRES PENAS DE CIEN DIAS de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargo u oficio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor de tres delitos previstos y sancionados en el artículo 318 del Código Penal, cometidos los días 4 y 12 de Mayo y 27 de Julio; todos del año 2020, en Talca.

II- Por improcedente, no se sustituyen las penas corporales, debiendo afrontarlas desde que se presente o sea habido, una en pos de la otra, sin solución de continuidad.

Regístrese, notifíquese y archívese.

RIT 5392-2020 y 6926-2020, acumulados. RUC 2000443733-1

Resolución del recurso

ACOGE RECURSO de NULIDAD (parte expositiva y resolutive)

Santiago, veinte de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS:

En los antecedentes RUC 2000443733-1 RIT 5392-2020, el Juzgado de Garantía de Talca, dictó sentencia definitiva el nueve de diciembre del año dos mil veinte, por la que se condenó a Gabriel Esteban Morales Morales, a tres penas de cien días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargo u oficio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa, como autor de tres delitos previstos y sancionados en el artículo 318 del Código Penal, cometidos los días 4 y 12 de Mayo y 27 de Julio; todos del año 2020, en Talca . Pena de cumplimiento efectivo.

En contra del referido fallo la defensa del sentenciado interpuso recurso de nulidad, cuya vista se verificó el día treinta y uno de marzo pasado, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 373 letra b), 384 y 385 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad intentado por la defensa de Gabriel Esteban Morales Morales, y en consecuencia se invalida la sentencia del Juzgado de Garantía de Talca de fecha nueve de diciembre de dos mil veinte, recaída en sus autos de juicio simplificado RUC 2000443733-1 RIT 5392-2020, la que se reemplaza por la que a continuación, y separadamente, se dicta.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama

Regístrese y comuníquese.

Sentencia de reemplazo

Santiago, veinte de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS:

De la sentencia anulada se reproducen solo sus fundamentos 1° a 4°, y los hechos consignados en el segundo apartado del numeral 5°, eliminándose en estos la letra s después del artículo los y antes del número 4 se agrega la expresión días.

Y teniendo, además, presente:

1.- Que como se dijo en los motivos Cuarto a Sexto del fallo de nulidad, que se dan por reproducidos, los hechos establecidos respecto de la conducta del encausado no alcanzan a cumplir la exigencia de haber puesto en peligro la salud pública, que la norma del artículo 318 del Código Penal contiene, 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 dirijan a una reunión con otras personas o que de cualquier modo, generaran la hipótesis de un riesgo a la salud pública.

2.- Que, en consecuencia, los hechos han constituido solo infracciones administrativas, sancionables a ese título, pero no un delito penal, lo cual impone la necesaria absolución del imputado requerido. Por cierto, el que la resolución exenta que estableció el asilamiento domiciliario nocturno dijera que su infracción sería sancionada conforme a las reglas del Código Penal, nada agrega, porque no es la autoridad administrativa, a través de sus resoluciones o reglamentos, quien puede establecer cuándo una conducta resulta sancionable a título penal.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 318 del Código Penal y artículos 340, 347, 373 letra b), 385 y 389 del Código Procesal Penal, se declara:

Que se absuelve a Gabriel Esteban Morales Morales, ya individualizado en el motivo 1° del fallo que se anulara y reproducido en éste, del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público, como autor de tres delitos por infracción al artículo 318 del Código Penal.

Álzanse todas las cautelares, tomándose nota en los registros policiales y públicos de cualquier orden, en que figuraren.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Valderrama.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Análisis y comentario

Examinaremos previo a entrar en el fondo, el debate que se dio ante el Juzgado de Garantía.

La Defensa señala que no existe un riesgo concreto para la comunidad, debiendo antes comprobarse que el requerido fuere portador del virus del Covid-19 al momento de la detención, lo que el Ministerio Público no cumplió, por lo que solo cabe la absolución, pudiendo sancionarse la conducta de acuerdo con la falta del artículo 495 N°2 del Código Penal.

El Ministerio Público sostuvo lo contrario; se trata de un delito de peligro abstracto para la salud pública, que constituye el bien jurídico protegido, que solo exige que se satisfagan los supuestos de hecho, en este caso, que el requerido hubiera transitado por la vía pública en el horario prohibido por la autoridad, sin contar con el permiso habilitante.

Respecto del fallo de la EXCMA. Corte Suprema podemos comentar lo siguiente:

Lo primero que es importante destacar en este fallo, dice relación con establecer que el tipo penal del artículo 318 exige la puesta en peligro del bien jurídico protegido requiriendo además de dos elementos copulativos por parte del sujeto activo: 1) infringir las reglas higiénicas o de salubridad; 2) generar un peligro a la salud pública (Considerando 1°).

La sola infracción a las reglas de salubridad decretadas por la autoridad no es sancionable penalmente, agregando que solo serían sancionables en el caso de que fuese un delito de peligro abstracto (Considerando 4°).

El fallo además vuelve a reiterar -igual que el caso anterior- la categoría intermedia denominada 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” (Considerando 4°).

Respecto a los hechos que constan en autos, el fallo descarta la existencia de peligro “ni concreto ni hipotético” para la salud pública. En esta causa el Ministerio Público no aportó ninguna prueba respecto de la generación del riesgo o peligro. La sola infracción al toque de queda es hipotéticamente sancionable solo a través de una sanción administrativa y no merece reproche penal alguno (Considerando 5°).

Finalmente, el fallo establece que existió falta de antijuridicidad material y tipicidad, requisitos exigidos por la ley para que un delito sea sancionado por el artículo 318, por ende, no se configura simplemente por el hecho de infringir las medidas sanitarias adoptadas por las autoridades en tiempos de pandemia. Para que se configure el delito, es necesario que la conducta del sujeto activo sea generadora de un riesgo concreto o hipotético para la salud pública (Considerando 6°).

Tercera Sentencia

CORTE SUPREMA
ROL: 131966-2020
Caratulado: FISCALIA IQQ C/ ALEJANDRO MARIO COCA GARAY
Fecha sentencia: 23-04-2021
Materia: Recurso de nulidad
Submateria: Errónea aplicación del derecho
Sala: SEGUNDA, PENAL
Resultado recurso: ACOGE RECURSO DE NULIDAD
Tipo recurso: (PENAL) NULIDAD

Hechos

“El día 16 de octubre de 2020, siendo aproximadamente las 00:50 horas en circunstancias que los imputados se encontraban en la vía pública específicamente en la intersección de calle General Leigh con calle Almirante Merino de la comuna de Iquique fueron sorprendidos por personal policial sin poseer permiso individual o salvo conducto alguno que les permitieran no respetar el toque de queda impuesto por la autoridad pública con motivo de la emergencia sanitaria actual. Además, la imputada Cofre portaba sin justificar su porte y usándolas para auto agredirse con posterioridad dos armas blancas una con empuñadura negra y otra con empuñadura de color rojo una de ocho centímetros de hoja y nueve de empuñadura y la otra de tres centímetros de hoja y nueve de empuñadura”.

Juzgado de Garantía de Iquique

SEGUNDO: Que cada uno de los imputados, en conocimiento de los derechos que le asistían, advertidos por el tribunal y también por el abogado defensor, en forma libre y espontánea aceptaron los hechos del requerimiento y el tribunal pudo convencerse más allá de toda duda razonable respecto a su efectividad.

No hubo controversia respecto del artículo 288 bis, sí respecto del artículo 318. La defensa sostiene que no hay delito solicitando la absolución, y en subsidio, que estaríamos en presencia de la falta del artículo 495 N° 1. Sobre el punto, el Ministerio Público defiende que los hechos que ha imputado se encuadran en el artículo 318 puesto que hubo un riesgo a la salud pública y la normativa que restringe la movilización no está dictada en relación al orden público, sino que como medida sanitaria, y por eso el hecho implica un aumento en la posibilidad de contagio.

Para resolver el tribunal hace suyo el enfoque que ha ido asentando en el campo doctrinario los profesores Mañalich, Londoño, Tatiana Vargas y también la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique, en el sentido que se trata de un delito de idoneidad o aptitud por lo que debe analizarse caso a caso si se entiende configurado el delito. En este caso, existe una fiscalización cerca de la 1 de la madrugada y al momento de requerir el Ministerio Público indicó que los imputados se encontraban compartiendo alcohol y cigarrillos, actividades que implican estar sin mascarillas, por lo que el tribunal aprecia que existe una posibilidad cierta e importante de poner en riesgo el bien jurídico. Por esto, el tribunal estima concurrente el delito del artículo 318.

Por estos fundamentos y normas pertinentes del Código Penal y Código Procesal Penal se resuelve:

I. Que, se condena sin costas a CAMILA FERNANDA JOFRE OLGUIN, , ya individualizada por su responsabilidad de autora del delito consumado de poner en riesgo la salud pública en tiempo de pandemia sancionado en el artículo 318 del Código Penal y como autora del delito de porte de arma cortante o punzante previsto la sancionado en el artículo 288 bis del Código Penal, cometido en Iquique el día 16 de octubre de 2020, a sufrir la pena única de un tercio de Unidad Tributaria Mensual sanción pecuniaria que se tendrá por cumplida con el día de control de detención del día de hoy.

II. Que, se condena sin costas a ALEJANDRO MARIO COCA GARAY, ya individualizado a cumplir la pena de multa ascendente a un tercio de Unidad Tributaria Mensual por su responsabilidad en el delito consumado de poner en riesgo la salud pública en tiempo de pandemia sancionado en el artículo 318 del Código Penal ocurrido en Iquique el día 16 de octubre de 2020. Esta pena se le da por cumplida con el día de control de detención del día de hoy.

III. Se ordena el comiso de las especies incautadas.

Cúmplase con el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

RUC N° 2001053753-4 RIT N° 8112 - 2020

Resolución del recurso

ACOGE RECURSO de NULIDAD (parte expositiva y resolutive)

Santiago, veintitrés de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS:

El Juzgado de Garantía de Iquique, por sentencia de 16 de octubre de 2020, en los antecedentes RUC 2.001.053.753-4, RIT 8.112-2020, condenó a Camila Fernanda Jofré Olguín, como autora de los delitos consumados de poner en riesgo la salud pública y, porte de arma cortante o punzante, sorprendidos en la ciudad de Iquique, el día 16 de octubre de 2020, a la pena de multa de un tercio de unidad tributaria mensual, la cual se dio por cumplida en razón del día que permaneció privada de libertad. El mismo fallo condenó a Alejandro Mario Coca Garay, a la misma pena y forma de cumplimiento, como autor del delito consumado de poner en riesgo la salud pública en tiempo de pandemia, perpetrado en dicho lugar, en la misma oportunidad.

La defensa de la requerida Jofré Olguín dedujo recurso de nulidad contra la indicada sentencia, el cual se conoció en la audiencia pública de 5 de abril del presente año, oportunidad en la cual la recurrente desistió de incorporar la prueba ofrecida en su arbitrio, citándose a los intervinientes a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta levantada al efecto.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 373 letra b) , 384 y 385 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad intentado por la defensa de Camila Fernanda Jofré Olguín, y en consecuencia se invalida la sentencia del Juzgado de Garantía de Iquique de fecha dieciséis de octubre de dos mil veinte, recaída en sus autos de procedimiento simplificado RUC 2.001.053.753-4 RIT 8.112-2020, la que se reemplaza por la que a continuación, y separadamente, se dicta.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Regístrese.

Sentencia de reemplazo

Santiago, veintitrés de abril de dos mil veintiuno.

VISTOS:

De la sentencia anulada se reproduce su parte expositiva y el motivo primero. De la motivación segunda, se mantienen únicamente los párrafos primero, segundo, cuarto y sexto.

Del fallo de nulidad que antecede, se reproducen sus fundamentos quinto a séptimo.

Y teniendo, además, presente:

1.- Que, los hechos establecidos respecto de la conducta de los requeridos no alcanzan a cumplir la exigencia de haber puesto en peligro la salud pública, que la norma del artículo 318 del Código Penal contiene, 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.

2.- Que, en consecuencia, los hechos han constituido solo infracciones administrativas, sancionables a ese título, pero no un delito penal, lo cual impone la necesaria absolución de los requeridos. Por cierto, el que la resolución exenta que estableció el asilamiento domiciliario nocturno dijera que su infracción sería sancionada conforme a las reglas del Código Penal, nada agrega, porque no es la autoridad administrativa, a través de sus resoluciones o reglamentos, quien puede establecer cuándo una conducta resulta sancionable a título penal.

Y visto además lo dispuesto por los artículos 318 del Código Penal y artículos 340, 347, 373 letra b), 385 y 389 del Código Procesal Penal, se declara:

I. Que se absuelve a Camila Fernanda Jofré Olgún y a Alejandro Mario Coca Garay, ya individualizados, del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público, como autores del delito contemplado en el artículo 318 del Código Penal, aparentemente sorprendido en la ciudad de Iquique, el 16 de octubre de 2020.

II. Que Camila Fernanda Jofré Olgún queda condenada, únicamente, a una multa ascendente a un tercio de unidad tributaria mensual, como autora del delito consumado de porte de arma cortante o punzante, previsto y sancionado en el artículo 288 bis del Código Penal, sorprendido en dicho lugar y oportunidad.

III. Se ordena el comiso de las especies incautadas.

La pena de multa impuesta se le tiene por cumplida por el día que la sentenciada permaneció privada de libertad en razón de estos antecedentes.

Dese cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Análisis y comentario

Respecto del debate ante el Juzgado de Garantía podemos señalar:

En relación con la imputación del artículo 318 del Código Penal, la Defensa indicó que no existe riesgo para el bien jurídico protegido, no existiendo delito alguno en términos concretos.

Por su parte, la Fiscalía se opuso a las alegaciones de la defensa ya que se da la figura del artículo 318 del Código Penal, ya que el 20 de junio de 2020 se creó la figura del 318 bis donde se hace clara la figura concreta de contagio, mientras que la figura del artículo 318 hace patente la sanción por el peligro inminente de contagio y en este caso, bajo un estado de emergencia, con sus normas debidamente publicadas, además la medida de toque de queda fue adoptada por el aislamiento sanitario no de contagio, por lo que la norma implica una medida preventiva del contagio y no un contagio concreto.

Respecto del fallo de la EXCMA. Corte Suprema:

Conforme a lo precedentemente mencionado en análisis anteriores, se vuelve a destacar la exigencia de la ley en cuanto a la necesidad de que exista una puesta en peligro de la salud pública, a través de una conducta por parte del sujeto activo que genere ese riesgo para el bien jurídico protegido. La norma no tiene por finalidad sancionar o castigar a quienes realicen una infracción formal de las reglas de salubridad impuestas por la autoridad, descartando además que se trate de un delito de peligro abstracto (Considerando 5°).

El fallo hace alusión nuevamente a la categoría intermedia de peligro hipotético o abstracto concreto, dentro de la cual se encontraría el artículo 318 (Considerando 5°).

Finalmente, el fallo es claro en establecer que no hay peligro de ningún tipo para la salud pública. El Ministerio Público no acredita la existencia de la generación de ese peligro. Se concluye que el solo hecho de “deambular en la madrugada” puede ser solo sancionable en sede administrativa, pero bajo ningún respecto en sede penal (Considerando 6°).

En resumen, la Corte Suprema, en un fallo unánime, declaró la absolución de los acusados. El máximo tribunal consideró que los hechos no satisfacían los requisitos para configurar el delito de poner en peligro la salud pública. En particular, el tribunal señaló que la sola infracción al toque de queda no es generadora de riesgo, por más que sí sea infractora -y sancionable- en sede no penal. El tribunal también señaló que la conducta de los acusados no tenía idoneidad de riesgo concreto o hipotético, ya que no se dirigían a un punto de reunión de varias personas, en consecuencia, no se generó ningún riesgo para la salud pública.

Las tres sentencias dictadas por la Corte Suprema tienen en común que todas absolvieron a los imputados por el delito previsto y sancionado en el artículo 318 del Código Penal. Son relevantes, entre otras consideraciones, por establecer que la aplicación del artículo 318 del Código Penal debe ser restrictiva, limitando así su aplicación, tanto en el contexto de la pandemia de Covid-19 como también para su aplicación en futuros casos de emergencias sanitarias que puedan ocurrir. Esto resulta particularmente importante, ya que el artículo 318 del Código Penal había sido utilizado para perseguir a personas que no habían puesto en peligro la salud pública, sino que simplemente habían infringido las restricciones sanitarias impuestas por la autoridad.

Cuarta Sentencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ROL 9927-20-INA
Fecha sentencia: 1° de julio de 2021
Materia: REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL
Caratulado: JUAN ERNESTO CADAGAN MUÑOZ
Submateria: EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2000574189-1, RIT N° 148-2020, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE COCHRANE

Hechos

“Habiendo sido decretado por el Presidente de la República el día 18 de Marzo de 2020 mediante el Decreto N° 104 el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe a nivel nacional por el brote y desarrollo de la enfermedad infectocontagiosa conocida como COVID-19, y en Protección a la Salud Pública fue decretado a su vez por el Ministerio de Salud mediante resolución exenta N° 202 de fecha 22 de Marzo de 2020, una medida de aislamiento sanitario por horas, materializada en un toque de queda a nivel nacional entre las 22:00 hrs. y las 05:00 A.M. de cada día, con la finalidad de evitar el riesgo de propagación de la referida enfermedad, debiendo permanecer los habitantes de la República en su domicilio en la franja horaria indicada, medidas que fueron debidamente publicadas en el diario oficial, no obstante ello, el imputado JUAN ERNESTO CADAGAN MUÑOZ, con fecha 07 de junio de 2020, infringió la medida de aislamiento sanitario, siendo sorprendidos por Militares en vía pública Camino a Lago Cochrane de la ciudad de Cochrane, a las 04:20 hrs., sin portar salvoconducto ni permiso para ello, y en evidente estado de ebriedad, entregado a funcionarios de Carabineros”.

VISTOS:

Introducción A fojas 1, Juan Ernesto Cadagan Muñoz deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 318 del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 2000574189-1, RIT N° 148-2020, seguido ante el Juzgado de Letras y Garantía de Cochrane, en actual conocimiento ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique, por recurso de nulidad, bajo el Rol N° 368-2020 (Penal).

Precepto legal cuya aplicación se impugna

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

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

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

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

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

Antecedentes y síntesis de la gestión pendiente

El Juzgado de Garantía condenó por sentencia en procedimiento simplificado a multa de 3 UTM al requirente, como autor del delito de infracción a las reglas higiénicas y de salubridad, previsto y sancionado en el artículo 318 del Código Penal, encontrándose la causa pendiente en recurso de nulidad, interpuesto por la Defensoría Penal Pública, por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, ya que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo; pendiente ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique.

Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

En cuanto al conflicto constitucional, la parte requirente afirma que la aplicación del precepto cuestionado en el caso concreto importa la infracción de los artículos 19 N° 2, inciso segundo, y N° 3, incisos primero, sexto, octavo y noveno de la Constitución Política, dando por vulnerados en la especie los principios de legalidad y de tipicidad, así como el principio de igualdad ante la ley, el debido proceso y el principio de proporcionalidad de las penas.

Así, se postula que el artículo 318 del Código Penal deja el núcleo de la conducta abandonado a una regla infralegal al no indicar el tipo penal los datos que nos permitan desprender de su sola lectura los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva que se sancionan.

Al señalar el artículo 318 que “el que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...”, se está dejando claramente el núcleo esencial de la conducta a una norma de rango infralegal, en el caso concreto, meras resoluciones exentas dictadas por el Ministerio de Salud, siendo así el artículo 318 una norma penal en blanco propia, esto es, que necesita remitirse a otra norma para ser complementada, y consecuentemente la conducta a la que hace referencia la norma es claramente indeterminada y puede tener múltiples formas en razón de los reglamentos higiénicos o de salubridad y sus modificaciones; lo que abiertamente contraría el principio de legalidad dispuesto en la Carta Fundamental, apareciendo como evidente que el artículo impugnado no describe una conducta que satisfaga las exigencias constitucionales de *lege scripta* y *certa*.

Asimismo, el precepto cuestionado es contrario al principio de proporcionalidad de las penas, integrante de la garantía del derecho a un procedimiento y a una investigación racionales y justos, establecido en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental. En efecto, el principio de proporcionalidad de las penas, definido como adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, junto con encontrar su fundamento en la noción de Estado de Derecho y en la dignidad de la persona humana, se encuentra reconocido también en la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos del mismo artículo 19 N° 3 constitucional, y manifestado en la prohibición de exceso en la reacción punitiva del Estado, como opera en la especie en que el Ministerio Público goza de un margen de discrecionalidad demasiado amplio en cuanto al procedimiento y a la pena posiblemente aplicable, lo que afecta la seguridad jurídica además del principio de razonabilidad y la igualdad ante la ley.

Tramitación

El requerimiento fue admitido a trámite y declarado admisible por la Primera Sala del Tribunal, misma que ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión judicial invocada.

Conferidos los traslados de fondo a las demás partes y a los órganos constitucionales interesados, fueron formuladas observaciones sobre el fondo por el Ministerio Público, instando por el rechazo del libelo de inaplicabilidad.

Observaciones del Ministerio Público

El Ministerio Público solicita que el requerimiento sea rechazado en todas sus partes.

Indica que los preceptos penales que establecen sanciones no contienen parámetros de determinación de la pena, ni les es exigible que los contengan, desde que se contienen en otra preceptiva del mismo Código Penal. Sin perjuicio de ello, un examen concreto en torno al principio de proporcionalidad y la igualdad ante la ley, debe considerar que en algunos casos concretos se ha solicitado por el Ministerio Público el mínimo de las penas posibles, esto es, multa de 6 unidades tributarias mensuales, lo que evidencia que en el requerimiento se formula una crítica abstracta y teórica, ajena al control concreto propio de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Hace presente además el Ministerio Público su autonomía constitucional para ejercer en su caso una acusación y requerir una pena, pero es finalmente el tribunal competente el que está dotado de facultades para imponerla, de modo que en la especie no se vislumbra infracción alguna al principio de proporcionalidad.

Y, en lo concerniente a la alegación de que se trataría de una ley penal en blanco, y a la infracción del principio de legalidad, señala que resultan constitucionalmente admisibles, siguiendo la jurisprudencia de esta Magistratura, las leyes cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, así como aquellas que señalen expresamente la norma de remisión, aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo esencial de la conducta, como acontece en la especie, donde hay un reenvío a las reglas que dicte la autoridad, pero, el núcleo de la conducta está descrita y acotada con todos sus elementos en el propio precepto legal, ajustándose así a los parámetros constitucionales de taxatividad.

Vista de la causa y acuerdo

Traídos los autos en relación, en audiencia de Pleno del día 24 de marzo de 2021, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator, quedando adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

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

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

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

discrecional del derecho, con la consiguiente indefensión de las personas a las que se les quiere aplicar dicho precepto.

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

I.- LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

al Congreso (legislador), para hacer ajustes al artículo 318 (constitucionalmente insuficientes) y crear dos nuevos delitos (el 318 bis y 318 ter).

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

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

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

Tal situación es incompatible con el mandato constitucional de legalidad material (determinación o tipicidad). Y si lo anterior se conjuga, además, como criterio de interpretación constitucional, con el estándar de racionalidad y justicia que ha de tener el funcionamiento del sistema punitivo estatal

(artículo 19, N° 3°, inciso sexto), resulta todavía más palpable la falta de respaldo constitucional de que adolece la aplicación del artículo 318 del Código Penal.

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

DECIMOTERCERO. A continuación, para ilustrar la diversidad y variabilidad de las medidas sanitarias contenidas en resoluciones exentas del Ministerio de Salud, transcribiremos partes de cuatro resoluciones exentas. Entre éstas es posible identificar algunas hipótesis perseguidas penalmente por el Ministerio Público y que constan en las causas de inaplicabilidad sometidas a conocimiento de este Tribunal.

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

ya están sujetas a esta medida deben continuarla por el periodo que reste. 5. Prohíbese las visitas a los Establecimientos de Larga Estadía de Adultos Mayores. [...] 7. Suspéndase todas las reuniones de clubes y uniones comunales de adultos mayores en el país [...].

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

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

-Resolución exenta N° 349 de 14 de mayo de 2020: [...] 1. Complementétese la resolución N° 341, de 2020, del Ministerio de Salud, con las siguientes medidas: a. Dispóngase el cierre de gimnasios abiertos al público, cines, teatros, pubs, discotecas, cabarés, clubes nocturnos y lugares análogos a los mencionados. b. Prohíbese la atención de público en los restaurantes, los que solo podrán expedir alimentos para llevar. [...] 5. Déjese constancia que las medidas dispuestas en esta resolución podrán prorrogarse si las condiciones epidemiológicas así lo aconsejan. 6. Déjese constancia que las resoluciones que disponen las medidas sanitarias que indican por brote de Covid-19 seguirán vigentes en lo que no fueran contrarias a esta resolución. 7. Déjese constancia que el incumplimiento de las medidas impuestas por la autoridad en virtud de esta resolución y de otras resoluciones que imponen medidas sanitarias serán fiscalizadas y sancionadas según lo dispuesto

en el Libro X del Código Sanitario, así como en lo dispuesto en el Código Penal, cuando corresponda. [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SE RESUELVE:

1) QUE SE **ACOGE EL REQUERIMIENTO** DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA **INAPLICABLE EL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL**, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 2000574189-1, RIT N° 148-2020, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE COCHRANE, EN ACTUAL CONOCIMIENTO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, POR RECURSO DE NULIDAD, BAJO EL ROL N° 368-2020 (PENAL).

2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.

Análisis y comentario

“La doctrina especializada ha sostenido que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal, es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva”³⁹.

“El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos, que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley”⁴⁰.

De esta manera el contenido esencial de este principio radica en que no puede sancionarse una conducta ni imponerse una pena que no se encuentre establecida en la ley. Conocido en doctrina con el aforismo NULLUM CRIMEN, NULLA POENA, SINE LEGE (no hay crimen ni pena sin que previamente una ley así lo haya determinado).

“El principio de taxatividad o de determinación consiste que tanto las conductas mandadas o prohibidas por la ley penal (esto es, el supuesto de hecho, precepto o tipo penal) como las consecuencias que consagra el ordenamiento para ser impuestas a quienes transgredan sus disposiciones (consecuencias jurídicas, sanciones), sea que se trate de penas o de medidas de seguridad, deben estar claramente consignadas en ella”⁴¹.

³⁹ ROXIN (2015), p. 136.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE (2010), p. 97.

⁴¹ VELÁSQUEZ (2011), p. 189.

En la sentencia se hace una revisión de la constitucionalidad del artículo 318 del Código Penal y concluye que su aplicación infringe el artículo 19, N° 3 inciso 9° (Principio de Tipicidad) de la Constitución, ya que no describe expresamente la conducta prohibida, por tanto, se declara la inaplicabilidad del artículo 318 del Código Penal en el proceso penal respectivo.

Algunos de los argumentos, según nuestro parecer, respecto de los cuales se considera que la aplicación del artículo 318 del Código Penal infringe la Constitución serían los siguientes:

- Falta de descripción expresa de la conducta: El artículo 318 del Código Penal no describe de manera precisa y específica cuál es la conducta que se considera delito. Delega la determinación de la conducta prohibida a las reglas higiénicas o de salubridad dictadas por la autoridad sanitaria, lo que constituye una delegación que no está expresamente reconocida por la ley.
- Primacía de la autoridad administrativa: La norma penal le otorga a la autoridad sanitaria la facultad de definir las conductas prohibidas o sancionables a través de resoluciones exentas, lo que desplaza al legislador y genera un exceso de discrecionalidad en el poder punitivo del Estado.
- Falta de proporcionalidad de las penas: El artículo 318 del Código Penal no establece parámetros de determinación de la pena, dejando al Ministerio Público con un amplio margen de discrecionalidad para determinar el procedimiento y la pena aplicable. Esto puede llevar a situaciones de exceso punitivo y falta de proporcionalidad en la respuesta penal del Estado.

En resumen, en el conflicto constitucional sometido a resolución del tribunal, se considera que el artículo 318 del Código Penal infringe el principio de tipicidad debido a la falta de descripción clara y precisa de la conducta que será objeto de sanción, favoreciendo así una aplicación arbitraria o discrecional, dejando su determinación a normas de rango infra legal, generando como consecuencia inseguridad e incerteza jurídica, lo que podría ocasionar una persecución penal injustificada, pudiendo en definitiva exceder en algunos casos el legítimo poder punitivo del estado.

Respecto de los 42° razonamientos de la Disidencia para rechazar la impugnación, nos centraremos en el análisis de uno de los aspectos más relevantes a nuestro parecer que tiene relación con la competencia. El fallo en cuestión señala lo siguiente: “Por ende, el juez competente deberá evaluar diversas cuestiones -jurídica y doctrinariamente controvertidas- en relación con el artículo 318 en la gestión pendiente, respecto de las cuales, por ende, no corresponde pronunciarse a esta Magistratura”. (23° Disidencia).

A propósito de lo anterior y junto a el análisis jurisprudencial que hemos realizado a los tres fallos anteriores, esta sentencia concluye: “La Corte Suprema ha tenido oportunidad, precisamente, de examinar las cuestiones de fondo aludidas: la sentencia **Rol N° 125.436-2020** de 25 de marzo de 2021. En el mismo sentido, la sentencia **Rol N° 149.239-2020**, de 20 de abril de 2021 y **Rol N° 131.966-2020**, de 23 de abril de 2021”. (24° Disidencia).

También hay que destacar las consecuencias que se produjeron a raíz de los tres fallos de la Corte Suprema, especialmente respecto de la criticada actuación de la Fiscalía en lo que fue la persecución criminal durante la pandemia: “Así también y a raíz de estos tres pronunciamientos, el Ministerio Público estimó necesario adecuar su política criminal en la materia, según consta en el documento Resumen de modificaciones (adaptaciones) en materia de criterios de actuación en delitos contra la salud pública de abril de 2021”. (24° Disidencia).

Finalmente, en virtud del fallo del excelentísimo Tribunal Constitucional, siendo este válidamente notificado, tomándose en consideración lo resuelto y habiendo dejado sin efecto la suspensión del procedimiento, la causa penal seguida en contra de don JUAN ERNESTO CADAGAN MUÑOZ, por el presunto delito de infracción al artículo 318 del Código Penal (condenado en primera instancia a través de un procedimiento simplificado) concluyó en una audiencia de sobreseimiento en el Juzgado de Letras y Garantía de Cochrane en la que se dictó el sobreseimiento definitivo en la causa con fecha 15 de julio de 2021.

CONCLUSIÓN

Análisis crítico, propuestas y comentarios finales

La pandemia que azotó a nuestro país y a sus habitantes nos puso a prueba nuestra sociedad, revelándonos lo frágiles que somos. Fue una tragedia que ocasionó miles de víctimas, así como también innumerables consecuencias sociales, políticas y económicas. Sin embargo, no solo el sistema de salud se vio afectado por la pandemia, sino también nuestro ordenamiento jurídico.

En esta memoria se abordó el análisis del artículo 318 del Código Penal Chileno y su aplicación durante la emergencia sanitaria. Esta investigación nos llevó a concluir lo siguiente:

En primer lugar, hay que destacar que, si bien el artículo 318 del Código Penal tiene como objetivo principal proteger la salud pública, sancionando a aquellos que pongan en riesgo la salud de los demás al infringir las normas de higiene y salubridad establecidas por la autoridad competente, la normativa también es especialmente relevante en situaciones de catástrofe, epidemia o contagio, buscando prevenir la propagación de enfermedades contagiosas que puedan afectar a la población.

Sin embargo, se formularon diversas críticas en relación con su aplicación y los alcances que pudiese tener la normativa. Por un lado, el cuestionamiento que hubo respecto de que si el delito tipificado en el artículo 318 es un delito de peligro concreto o abstracto. Algunos sostienen que se trata de un delito de peligro abstracto, en el cual basta con la mera infracción de las normas sanitarias para configurar el tipo penal, sin necesidad de comprobar un peligro real para la salud pública. Esta interpretación, sostenida por el Ministerio Público en sus actuaciones, se basa en la idea de que la norma busca prevenir posibles riesgos y disuadir a las personas de realizar conductas que puedan contribuir a la propagación de enfermedades.

Por otro lado, hay quienes consideran que el delito establecido en el artículo 318 es un delito de peligro concreto, ya que se requiere demostrar un peligro real para la salud pública, es decir, que la conducta del sujeto activo haya generado un riesgo efectivo de propagación de agentes patológicos. Esta interpretación, sostenida por la Defensoría Penal Pública, se basa en el requisito de poner en peligro efectivamente la salud pública infringiendo así las reglas de salubridad.

Independientemente de la clasificación precisa del delito, creemos que es necesario y fundamental tener en cuenta la proporcionalidad cuando se haga uso de esta normativa, respetando siempre la Constitución y las leyes vigentes sobre todo la ley penal. Para garantizar la aplicación de esta norma, se debiesen evitar interpretaciones amplias o ambiguas que puedan conducir a la criminalización de conductas que no representen un peligro real para la salud pública.

En segundo lugar, sabemos el rol fundamental que tienen la certeza jurídica y la uniformidad en los criterios jurisprudenciales aplicados por los tribunales, teniendo en cuenta los análisis realizados de las sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, en las que se pudo apreciar que no se hizo una aplicación restrictiva de la norma ni tampoco se respetó el carácter de intervención mínima del derecho penal. A pesar de todo, para quienes fueron injustamente imputados y/o condenados por este delito parece cobrar más fuerza y relevancia que nunca el coloquial dicho “la Justicia tarda, pero llega”.

Ahora, respecto del requerimiento acogido por el Tribunal Constitucional, los argumentos esgrimidos se sustentan en una infracción al principio de legalidad, en su vertiente de taxatividad (Art. 19 N° 3 inciso final de la Constitución Política de la República), de hecho, se señala que el artículo 318, sería un tipo penal defectuoso, ya que no describe adecuadamente la conducta prohibida. Lo que ocurrió en la práctica fue que ese vacío en la descripción de la conducta se llenó con normas de rango infra legal, e incluso infra reglamentario. Lo anterior, constituye una especie de delegación para que la autoridad administrativa determine conductas que estarían sancionadas penalmente, lo que no es compatible con el diseño constitucional chileno, ya que la potestad para crear delitos reside exclusivamente en el Legislador. Será entonces tarea del Poder Legislativo, ser más acucioso a la hora presentar, discutir y aprobar proyectos de ley, evitando así el mal llamado populismo penal. En tal sentido, se debería evaluar de mejor manera el verdadero impacto que tuvo el uso y aplicación del artículo 318 durante la pandemia. Parte del trabajo aquí realizado, demuestra que es necesario reformar la norma en cuestión, con el objetivo de hacerla más clara y precisa, evitando que sea mal utilizada para castigar o sancionar conductas que en la práctica no son ni serían merecedoras de reproche penal alguno.

En la aplicación del artículo 318 del Código Penal pudimos comprobar que se favoreció una aplicación arbitraria o discrecional de la normativa. Parte del problema tuvo su origen en que la autoridad sanitaria estableció numerosas, variadas y cambiantes reglas o normas sanitarias que implicaron la adopción de medidas restrictivas que terminaron afectando los derechos y libertades de las personas durante el transcurso de una emergencia sanitaria. Consecuencia de lo anterior, el órgano persecutor de los delitos en nuestro país (Ministerio Público) tuvo una amplia discrecionalidad para la persecución penal, generando como consecuencia un aumento explosivo de causas y una sobrecarga innecesaria de nuestro sistema penal.

Como se pudo apreciar, en todas las sentencias analizadas de la jurisprudencia emanada de los máximos tribunales del país, se consideró que el Ministerio Público fue incapaz (negligente según nuestro parecer) de sostener su teoría del caso en las imputaciones que hizo en la persecución de los delitos cometidos durante la pandemia. Tampoco aportó antecedentes fidedignos, en cada uno de los casos analizados, que acreditasen la necesidad de perseguir penalmente a quienes fueron imputados y condenados por el hecho de poner en peligro la salud pública. Tampoco hubo una reflexión o autocrítica respecto de su actuación, una vez emitidos los fallos de la Corte Suprema. Sin embargo, hubo un cambio en el criterio a la hora de perseguir los delitos sanitarios, todo esto sin hacerse cargo de las consecuencias que su mal proceder pudo generar en la confianza y credibilidad del sistema de justicia penal de nuestro país.

En conclusión, el análisis realizado del artículo 318 del Código Penal Chileno, su uso y aplicación durante tiempos de pandemia, plantea importantes interrogantes en torno a la naturaleza del delito y los diversos criterios para su imputación. Es necesario encontrar un equilibrio entre la protección de la salud pública y el respeto a los derechos fundamentales de los individuos. La discusión en torno a este artículo y su aplicación debe continuar, buscando siempre alcanzar una justicia penal efectiva y acorde a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico. Después de todo, no estamos libres de que una situación como la que vivimos vuelva a afectarnos, por lo que es importante estar más y mejor preparados para enfrentar una próxima pandemia u otras amenazas similares. ¿Qué nos deparará el futuro? Pronto lo sabremos.

BIBLIOGRAFÍA

Balbuena, Lorena (2010): “Aproximaciones al bien jurídico colectivo”, en Debates jurídicos y sociales, Universidad de Concepción, núm. 3.

Balmaceda Hoyos, Gustavo (2020): “Infracción de reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, con peligro para la salud pública: propuesta de interpretación”, Informe para Defensoría Penal Pública.

Bascur Retamal (2019): “Consideraciones conceptuales para el tratamiento de peligro abstracto en supuestos de concurso de delitos”, Política Criminal, vol. 14, núm. 28.

Bustos Ramírez y Politoff Lifschitz (1968): “Los delitos de peligro”, en Revista de Ciencias Penales, Instituto de Ciencias Penales.

Carnevali Rodríguez, Raúl (2008): “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”, Revista Ius Et Praxis, Universidad de Talca, N°1.

Comisión Redactora del Código Penal (1873): Actas del Código Penal.

Díaz Baeza, Paz; Carrazana Gálvez, Sebastián (2020): “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”, Revista de la Justicia Penal, núm. 14.

Etcheberry, Alfredo (1997): Derecho Penal: Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Tomo IV, 3a. edición, Santiago.

Ferrajoli, Luigi (2009): Garantismo penal, discurso en el primer seminario sobre Teoría y Dogmática Penal Contemporánea, Ariel, Buenos Aires, Argentina.

Gazenmüller, Carlos; Frigola, Joaquín y Escudero, José Francisco (1997): Delitos contra la salud pública: Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, Bosch Casa Editorial, t. II, Barcelona.

Hassemer, Winfried (1995): La responsabilidad penal por el producto en Derecho penal, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia (traducción de Francisco Muñoz Conde).

Hernández Basualto, Héctor (2016): “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, Cárdenas y Ferdman, El Derecho penal como teoría y como práctica, Thomson Reuters, Santiago.

Hinostroza, David (2020): “Política criminal reactiva: comentario sobre el Artículo 318 del Código Penal”, Diario Constitucional.

Huertas Díaz, Omar; Leyva Estupiñán, Manuel Alberto; Lugo Arteaga, Larisbel et. al. (2016): “Entre la minimización y expansión del Derecho Penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo”, IUSTA, Universidad Santo Tomás, N° 44.

Iñesta Pastor, Emilia (2004): “El Código penal chileno de 1874”, Revista chilena de historia del Derecho, Universidad de Chile, núm. 19.

Künsemüller Loebenfelder, Carlos (2018): El Derecho Penal Liberal. Los Principios Cardinales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

Londoño, Fernando (2019): “Comentario al artículo 318 del Código penal”, en: Couso, Jaime; Hernández, Héctor (2019): Código Penal comentado, Thomson Reuters, 1a. ed., Santiago.

Madrigal Navarro (2015): “Delitos de peligro abstracto: fundamento, crítica y configuración normativa”, Revista Judicial, núm. 115.

Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes (2010): Derecho Penal, Parte General, Valencia, Tirant lo Blanch.

Naquira Riveros, Jaime (1998): Derecho Penal Chileno, Tomo I, McGraw Hill.

Politoff Lifschitz, Sergio (2001): Derecho Penal, 2da Edición, Cono Sur, Lexis Nexis, Santiago, Chile.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia (2003): Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Politoof, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia (2013): Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte general, 2da Edición, Editorial Jurídica de Chile.

Rosselli, Diego (2020): “Epidemiología de las pandemias”, Research Gate, núm. 42.

Roxin, Claus (1997): Derecho Penal parte general, Tomo I, Civitas, Madrid.

Roxin, Claus (2007): Derecho Penal, Parte general Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Conlledo, García y Díaz, Miguel, Luzón Peña, Diego-Manuel, Remesal, Javier de Vicente. 2da edición alemana traducida. Madrid España: Editorial Civitas.

Roxin, Claus (2015): Derecho Penal. Parte General, Civitas, Santiago de Chile.

Tapia, Ives (2020): “¿Es delito el no portar permiso temporal individual de desplazamiento mientras tránsito en una comuna en cuarentena?”, Diario Constitucional, Santiago, Chile.

Velásquez, Fernando (2011): Derecho Penal. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1998): Tratado de Derecho Penal: Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina.

Jurisprudencia

Sentencia Corte Suprema ROL 125.436-2020

Enlace sentencia: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?glt9>

Enlace sentencia: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?glua>

Sentencia Corte Suprema ROL 149.239-2020

Enlace sentencia: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dsqx>

Enlace sentencia: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?t2h2>

Sentencia Corte Suprema ROL 131.966-2020

Enlace sentencia: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?dl95>

Enlace sentencia: <https://juris.pjud.cl/busqueda/u?gl2p>

Sentencia Tribunal Constitucional ROL 9927-20-INA

Enlace sentencia:

https://lexsoft-tc-lexsoft-integracion.apps.staging.kpitec-arc.com/tc/do_search?proc=1&idCausa=10902&buscador=true