

EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL: UN FALLO SIN MAYORÍA Y UNA DECISIÓN SIN COMPETENCIA.

Rocío Lorca¹
Luis Felipe Manques²

Resumen

El artículo 318 del Código Penal chileno ha sido objeto de cuestionamiento por el uso masivo por parte de los órganos persecutores como herramienta del control de la pandemia del Covid-19. En la causa Rol N°8950-2020 de 5 de enero de 2021 el Tribunal Constitucional, acogió parcialmente un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal (CP) declarando inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en su grado mínimo o” contenida en el primer inciso de dicho precepto legal por considerar desproporcionada la pena privativa de libertad para el delito en cuestión. El fallo descartó en cambio que la norma infringiera la regla de legalidad penal contenida en el artículo 19 N°3 de la Constitución. En este comentario identificamos tres tipos de problemas en este fallo. En primer lugar, sostendremos que las complicadas formas que tiene este Tribunal para construir sus mayorías, expresar sus opiniones y comprender sus funciones, lo terminan transformando en un Tribunal que (a lo menos en este caso) aparece extremadamente ambicioso en el reclamo de sus poderes, pero sorprendentemente impotente en su capacidad de resolver los conflictos o problemas jurídicos que son sometidos a su conocimiento. En segundo lugar, como ya es costumbre en sus resoluciones en materia penal, en el análisis de proporcionalidad que hace el Tribunal, éste reclama una función que ha de

¹ Profesora del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile, rlorca@derecho.uchile.cl. Este trabajo ha sido realizado en el contexto del Proyecto de investigación Fondecyt Iniciación N°11180839: Castigo, Legalidad y Pobreza, del cual la autora es la investigadora responsable.

² Ayudante del Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad de Chile, y Asistente de Investigación del Fondecyt arriba individualizado, luis.manques@derecho.uchile.cl.

corresponder al legislador: la definición de la gravedad que representa una determinada conducta en el ordenamiento jurídico penal chileno. Finalmente, el Tribunal descarta un problema de legalidad que a nuestro juicio debería haberse acogido, por muchas de las razones que señalan los propios ministros Letelier, Pica y Pozo.

1. Introducción

En la causa Rol N°8950-2020 de 5 de enero de 2021 el Tribunal Constitucional Chileno (Tribunal), acogió parcialmente un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal (CP) declarando inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en su grado mínimo o” contenida en el primer inciso del artículo recién citado. En palabras del propio Tribunal la aplicación de dicha expresión “resulta inconforme con las garantías del artículo 19, N°s 2 y 3; constitucionales, en razón de su falta de proporcionalidad al contemplar como sanción una pena privativa de libertad.”

El requerimiento fue presentado en el contexto de un proceso penal seguido contra una persona que transitaba por la calle sin contar con un permiso temporal infringiendo la cuarentena obligatoria impuesta por la autoridad administrativa en el contexto del estado de excepción constitucional de catástrofe que se ha mantenido vigente desde el 18 de marzo de 2020, a efectos de contener la pandemia por SARS-CoV-2.³ Frente a este comportamiento el Ministerio Público presentó un requerimiento en un procedimiento monitorio por la infracción del artículo 318 del CP, solicitando la sanción de multa de 6 UTM. Dicha norma establece lo siguiente:

Art. 318 “El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales. Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades

³ Mediante la Resolución Exenta N°373, de fecha 20 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud, la autoridad sanitaria había impuesto una cuarentena obligatoria que solo habilitaba a las personas a transitar por espacios públicos en la medida que portaran con un permiso individual temporal o un permiso colectivo. El estado de excepción comenzó a regir tras la publicación del Decreto 104 del Ministerio del Interior de 2020.

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.”

De acuerdo con la parte requirente, esta norma infringiría el principio de proporcionalidad, la igualdad ante la ley y el principio de legalidad penal. En relación con el principio de proporcionalidad e igualdad, el legislador no entregaría suficientes criterios objetivos para seleccionar la sanción concreta y en cambio le dejaría un amplio margen de discrecionalidad al órgano persecutor, pudiendo éste solicitar a su pleno arbitrio una pena privativa de libertad (presidio menor en su grado mínimo a medio) o una multa (de seis a doscientas unidades tributarias mensuales). En el caso concreto, el órgano persecutor no habría tampoco invocado criterio alguno para explicar la sanción propuesta. En cuanto al principio de legalidad, la parte requirente sostuvo que se vería infringido porque la conducta prohibida no se encontraría suficientemente descrita por el legislador, sino que dependería de las definiciones que haga la autoridad administrativa. Esto infringiría la regla constitucional de legalidad, establecida en los incisos octavo y noveno del artículo 19 N°3 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional decidió que para este caso la norma no tendría un defecto de constitucionalidad por infracción del principio de legalidad, pero sí infringiría el principio de proporcionalidad pues el delito contemplado en el inciso primero del artículo 318 del CP no tendría la gravedad suficiente como para fundar una pena privativa de libertad. En virtud de ello declaró inaplicable para el caso concreto la parte de la norma que permitiría sancionar la conducta con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, sin perjuicio de que en el caso concreto no se había solicitado una pena privativa de libertad sino el mínimo de la pena de multa contemplada por el legislador (6 UTM).

Hasta aquí llega todo lo que es claro en este caso y en la decisión del Tribunal. Tan pronto uno comienza a revisar los fundamentos del fallo, aparecen importantes anomalías que dan cuenta de un tribunal en crisis, tanto por una evidente confusión sobre el sentido y límites de su función, como por

una aparente incapacidad de arribar a acuerdos y decisiones del órgano, que permitan resolver los casos sometidos a su conocimiento. Para analizar este fallo, nos referiremos primero a la forma que adquiere la decisión del Tribunal y sostendremos que ella hace difícil identificar una resolución que sea genuinamente mayoritaria y además utiliza un método de análisis que por una parte la lleva a reclamar competencias que no posee y por la otra, le impide resolver el asunto sometido a su conocimiento. Una vez despejado este punto analizaremos algunos aspectos sobre la valoración que hace el Tribunal en torno a la constitucionalidad del artículo 318 del CP frente a los principios de proporcionalidad y legalidad.

2. La esquiva jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno

Como ya señalamos, este fallo adolece de diversas anomalías de forma que deben ser despejadas antes de poder revisar los fundamentos del fallo. En primer lugar, no es claro que exista de hecho un voto de mayoría que sostenga la resolución del Tribunal. En segundo lugar, la resolución del Tribunal hace uso de la cuestionada práctica de revisar una parcialidad o fragmento del precepto cuya constitucionalidad está en discusión. Esto último, genera una decisión que además de tener dudosa legitimidad, no atiende la inquietud de las partes que han recurrido al Tribunal para resolver este caso.

2.1. ¿Una resolución sin voto de mayoría?

¿Cuál es la decisión del Tribunal Constitucional sobre el artículo 318 del CP en este fallo? En un tribunal colegiado, la respuesta a esta pregunta generalmente se encontrará en su voto de mayoría: lo que opine la mayoría, es la opinión del tribunal.⁴ Y un tribunal debe trabajar para alcanzar esa mayoría, pues solo así puede resolver (como tribunal) las solicitudes que se le presentan. Estas resoluciones que han de reflejar el acuerdo de la mayoría permiten a los ciudadanos comprender la postura de un tribunal y prever la forma en la que se interpretará y aplicará el derecho en una determinada jurisdicción. Con el tiempo estas decisiones van ganando estabilidad y configuran “la jurisprudencia” de un tribunal o las doctrinas legales que lo representan. En el caso que estamos revisando, sin embargo, no es claro que haya una verdadera concurrencia de opiniones para configurar un genuino voto de mayoría. En la sentencia

⁴ En ciertos casos, los tribunales colegiados deben alcanzar quórums calificados, en dichos casos obviamente no será la mayoría sino el quórum en cuestión, lo que el tribunal deberá alcanzar para resolver un caso.

y su comunicado, el Tribunal sugiere que sí lo hay y que dicho voto (acoger parcialmente el recurso declarando inaplicable para el caso concreto la frase “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” por infringir el principio de proporcionalidad) estaría compuesto por las opiniones concurrentes de los jueces Iván Aróstica, José Ignacio Vásquez, Cristián Letelier, Nelson Pozo, y Rodrigo Pica. Cinco jueces de los nueve que se encontraban conociendo de la causa, ciertamente representarían una mayoría si fuera cierto que todos estos jueces en efecto concurrieron en esa opinión. Sin embargo, como veremos a continuación, la sentencia no da cuenta de dicha concurrencia.

Los ministros Aróstica y Vásquez obviamente sí concurren al presunto voto de mayoría pues éste consiste en su propia opinión. Los ministros Letelier, Pica y Pozo, en cambio, están por acoger totalmente el recurso, es decir, están por declarar inconstitucional la aplicación del artículo 318 del CP en el caso concreto. En ningún momento señalan que están por acogerlo de manera parcial y mucho menos en un sentido tal que no habría de tener mayor efecto sobre la gestión pendiente. Sin embargo, en una opinión enfocada principalmente en sostener que la norma recurrida sería una ley penal en blanco contraria al mandato constitucional de legalidad, los ministros Letelier y Pica sí manifiestan un tímido acuerdo con la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, en el sentido de que “además” el artículo 318 del CP infringiría el principio de proporcionalidad en los términos planteados por éstos últimos.⁵ Es decir, entre estos cuatro jueces (Aróstica, Vásquez, Letelier y Pica) hay una coincidencia en relación con uno de los problemas de constitucionalidad de que adolecería la norma, pero una disidencia en torno a cómo resolver el recurso. Con algo de esfuerzo podríamos entonces decir que estos cuatro jueces apoyan de un modo u otro lo que se ha presentado como la decisión del Tribunal en este caso.

El asunto se complica en el caso del Ministro Pozo, porque éste, que es el quinto juez que necesitamos para conformar la mayoría, no parece adherir en ningún momento a la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, ni siquiera en la forma de un tímido “además.” Pozo está por acoger completamente el recurso por considerar que se infringe el principio de proporcionalidad en atención a que el tipo de comportamiento prohibido (delito de peligro abstracto) no satisface la exigencia de lesividad. Pero no parece adherir a la opinión

⁵ Véase el considerando 13° de la opinión de Pica y Letelier, en donde afirman que: “Es por todo lo expuesto que estos previnientes consideran que el requerimiento debe ser acogido, además, por ser el precepto cuestionado una ley penal en blanco (...)” (el énfasis es nuestro).

de que el problema de proporcionalidad estaría también dado por la intensidad de la pena contemplada por el legislador. Además, Pozo sostiene, como lo hizo también la Defensoría Penal Pública, que se trataría de “un delito sin conducta” lo que infringe los principios de culpabilidad y legalidad, ambos con sustento normativo en la Constitución (considerando 31° de su voto).

Lo que entonces aparece como un “voto de mayoría” en realidad no es más que un consenso sobre el juicio de que la norma adolece de algunos problemas de constitucionalidad.⁶ Pero no hay un consenso de mayoría en torno a (i) cuáles serían estos problemas, y (ii) cuál ha de ser la resolución del Tribunal. En relación con (i), en el mejor de los casos, solo cuatro jueces comparten (parcialmente) un diagnóstico: la regla que permite imponer penas privativas de libertad en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal, es inconstitucional porque infringe el principio de proporcionalidad. En lo que dice relación con (ii), tres de los jueces de la mayoría están por acoger el recurso en su totalidad y declarar la norma inaplicable para el caso concreto, mientras que solo dos están por acogerlo parcialmente declarando inaplicable solo una parte de esta.

En virtud de lo anterior, lo que se ha presentado como el fallo del Tribunal, esto es, la decisión de acoger parcialmente el recurso y declarar inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” no descansa en un genuino “voto de mayoría” porque no es expresiva de la opinión de al menos cinco jueces del Tribunal. Pretender construir una mayoría bajo la lógica de que la decisión de acoger totalmente incorpora necesariamente la decisión de acoger parcialmente (por cualquier parcialidad y por cualquier motivo), solo puede ser un intento por salvar la incapacidad de un tribunal de cumplir con su deber de deliberar hasta llegar a un acuerdo de mayoría para resolver los asuntos que se someten a su conocimiento.

2.2. Respuestas no solicitadas y solicitudes no respondidas.

Todavía más preocupante quizás, es una segunda anomalía de este fallo que, si bien no representa una anomalía para este Tribunal, sí expresa una importante desviación del tipo de comportamiento que se espera de un tribunal en un Estado democrático de derecho. De acuerdo con el artículo 93 N°6 de la

⁶ De acuerdo con Mañalich, la decisión de mayoría aquí se arribaría mediante un ‘consenso superpuesto’ lo que mediante la sumatoria de 3 votos implícitos a los de Aróstica y Vásquez, dilucidando que su “modus operandi no es el propio de un tribunal” (Véase Mañalich, Juan Pablo, “Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal”, en *Prensa*, 2021, pp. 42-43).

Constitución, el Tribunal tiene facultades para resolver sobre la “inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”⁷ ¿Es la frase “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” un precepto legal cuya aplicación se sigue en una gestión ante un tribunal ordinario o especial? Todo parece indicar que no. Esta frase difícilmente podría considerarse un precepto legal pues es más bien un fragmento de un precepto legal.⁸ Y si este fuera un precepto legal, sería discutible que estuviera siendo aplicado en la gestión pendiente desde la cual se ha solicitado la intervención del Tribunal. Recordemos que, en el caso concreto, el Ministerio Público había solicitado el mínimo de la pena de multa contemplada por el legislador (6 UTM) y no la pena de presidio.⁹

La interpretación extensiva de la idea de precepto legal que aparece implícita en el “voto de mayoría” (no así en las opiniones individuales de quienes estaban por acoger el recurso) presenta dos problemas. En primer lugar, en lo que ya es una tradición para este Tribunal, cumple la problemática función de extender su competencia más allá del ámbito que le han conferido la Constitución y las leyes. En efecto, cuando el Tribunal analiza los preceptos legales de manera “fragmentada” o “parcial” y se pronuncia sobre dichas parcialidades, en los hechos no se pronuncia sobre la constitucionalidad del precepto sino que muchas veces modifica su sentido y alcance, y en esa medida se atribuye una función de legislador positivo que no le ha sido conferida ni por la Constitución ni por la ley.¹⁰ Esto, obviamente, es problemático en un Estado democrático de Derecho, pues cuando un órgano extiende sus atribuciones más allá del ámbito conferido explícitamente por la Constitución y las leyes, no solo actúa de manera ilegal sino que además desafía la estructura de división de poderes mediante la cual se debe organizar el poder político en una república democrática.

⁷ El énfasis es nuestro.

⁸ Críticamente sobre esta forma de entender la idea de precepto o disposición, véase Atria, Fernando, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): Conceptualismo constitucional”, en *Derecho y Crítica Social*, N°6 (1), 2020, pp. 147 y ss. Y véase también Atria, Fernando y Salgado, Constanza, “El Tribunal Constitucional desatado”, en *Jurisprudencia Crítica. Comentarios de Fallos 2015-2017*, ed. por Hugo Cárdenas, (Rubicon), 2018, pp. 301 y ss.

⁹ Si bien la Jueza del caso podría estimar insuficiente el requerimiento o la solicitud de multa del Ministerio Público conforme al artículo 392 inciso final del Código Procesal Penal (CPP), la determinación de la pena que pudiera llevarse a cabo en un procedimiento simplificado no podría exceder a la solicitada en el requerimiento (artículo 395 inciso final del CPP).

¹⁰ Véase Atria, Fernando y Salgado, Constanza, “El Tribunal Constitucional desatado.”

El segundo problema que plantea la interpretación extensiva de la idea de precepto legal es que le permite al Tribunal esquivar su deber de resolver suficientemente el problema que se le ha planteado. El Tribunal, al fragmentar la regla cuya revisión se solicita, termina resolviendo algo que no responde a la inquietud de ninguna de las partes. Lo que las partes quieren saber es si acaso el inciso primero del artículo 318 del Código Penal es contrario a la Constitución en el caso concreto. Esto es, en el proceso penal seguido contra una persona que infringió las reglas sanitarias que prohíben circular cuando se ha decretado una cuarentena, y frente a la cual el Ministerio Público ha solicitado una pena de multa de 6 UTM. Aun si concediéramos el punto de que la expresión "presidio menor en su grado mínimo a medio o" es un precepto legal que el Tribunal tiene competencia para declarar inaplicable en este recurso, es claro que *ese* no es el precepto que inquieta a la parte recurrente. Lo que lleva a la parte recurrente a solicitar la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la disposición legal en comento, es, resumidamente, la falta de criterios legales objetivos que permitan determinar cuándo corresponde aplicar una pena privativa de libertad y cuándo una pena de multa (y la cuantía de la misma), así como la falta de determinación legal del comportamiento prohibido.¹¹ Si el Tribunal no incurriera en la práctica de fragmentar las disposiciones que se someten a su conocimiento, habría estado obligado a resolver en toda su magnitud y con una genuina mayoría, el problema de constitucionalidad que de hecho se le ha formulado y que no se resuelve mediante la exclusión de la aplicación de una frase aislada del artículo 318 del CP.

En suma, las complicadas formas que tiene este Tribunal para construir sus mayorías, expresar sus opiniones y comprender sus funciones, lo terminan transformando en un Tribunal que (a lo menos en este caso) aparece extremadamente ambicioso en el reclamo de sus poderes, pero sorprendentemente impotente en su capacidad de resolver los conflictos o problemas jurídicos que sí son sometidos a su conocimiento. En una tendencia contraria, debemos exigir a este Tribunal que revise la forma en la que construye su voto de mayoría y la práctica de fragmentar las disposiciones que evalúa, para que éste logre desarrollar un proceso de deliberación que le permita llegar a

11 Véase el punto VIII. del requerimiento, referido a las supuestas infracciones constitucionales acaecidas en la causa (p. 10 y ss.): "(...) la misma norma no fija ningún parámetro de razonabilidad exigible al ente fiscal, lo que atenta contra el criterio mínimo de proporcionalidad. No se establecen criterios para determinar cómo y por qué se deberá aplicar la multa y por qué se debe aplicar la multa de 6 UTM que determinó la Fiscalía que implicó que haya presentado requerimiento en procedimiento monitorio en contra del imputado en esta causa." (p. 11 del requerimiento).

verdaderos acuerdos sobre la base de los cuales se pueda construir una jurisprudencia constitucional. Mientras tanto, en todo caso, no nos queda más que analizar los fundamentos de este accidentado voto de mayoría.

3. El principio de Proporcionalidad y el artículo 318 del Código Penal

El test de proporcionalidad tiene como objetivo controlar la arbitrariedad en el ejercicio de poder penal y favorecer la racionalidad del mismo, exigiendo que éste sea adecuado, necesario y proporcionado para promover un fin legítimo.¹² De acuerdo con el propio Tribunal, esto se traduce en tres exigencias, una exigencia de idoneidad (adecuación medio a fin, que a su vez exige que el fin perseguido sea legítimo), una de necesidad (utilización de la medida menos gravosa para la consecución del fin), una de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de ventajas y desventajas de perseguir el fin en cuestión).¹³ De acuerdo con la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, que debemos por ahora considerar como representativa de la opinión del Tribunal, el artículo 318 del CP no satisface el estándar de proporcionalidad constitucional al sancionar la conducta tipificada con "presidio menor en su grado mínimo a medio".

De acuerdo con la opinión del Tribunal, el problema de proporcionalidad en este caso parece darse en prácticamente todas sus dimensiones. Así, habría un problema de proporcionalidad en sentido estricto, por ejemplo, cuando el Tribunal sostiene que la inobservancia de medidas sanitarias, por más que "deba tener lugar en 'tiempo de catástrofe, epidemia o contagio', no añade una gravedad que justifique la pena de presidio, (...) a lo más, puede derivar en la imposición de una multa acorde con el artículo 495 del Código Penal" (considerando 3° de su voto). En relación con las exigencias de idoneidad y necesidad, los ministros señalan que no habría "fundamentos, ni ahora se han aportado antecedentes, que ameriten considerar la pena de presidio como un medio para salvaguardar la salud pública" (considerando 6°) y que, por ello, todo parecería indicar que "a lo más" podría derivar en las penas de multa del artículo 495 del CP (considerando 3° de su voto). La falta de idoneidad se confirmaría además por el hecho de que el mismo legislador otorgó un indulto general conmutativo a personas privadas de libertad para evitar una alta tasa

12 Boutaud, Emilio y Fernández, José, "Los apremios personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un análisis crítico desde la dogmática de los principios y límites penales", en *Política Criminal*, Vol. 13 N° 25, 2018, p. 351.

13 Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 2983-16, 13-12-2016, C°29.

de contagios entre la población penal.¹⁴ En virtud de ello, la pena privativa de libertad aparecería inidónea, pues no solo no es útil para salvaguardar la salud pública, sino que además podría incluso amenazarla. En suma, para el Tribunal la pena de presidio sería inconstitucional en este caso “al no guardar racionalidad ni proporción con la conducta realizada” (considerando 5° de su voto).

Diversas partes de lo que debemos entender como la opinión de mayoría del Tribunal tienen fundamentos atendibles desde un punto de vista político criminal y que han sido defendidos por diversos teóricos del derecho penal. Sin embargo, hay algunos aspectos problemáticos que quisiéramos comentar en lo que queda de esta sección.¹⁵

En primer lugar, el Tribunal tiene una forma de comprender la pregunta por la proporcionalidad de las penas que implica una preocupante invasión del espacio que le corresponde al legislador para definir la política criminal de un país. No es para nada una novedad que este Tribunal desafíe la vigencia de normas penales en virtud de su falta de proporcionalidad. En diversos fallos, dictados principalmente en recursos de inaplicabilidad de reglas de determinación de la pena contenidas en la denominada “Ley Emilia” y en la Ley de Control de Armas,¹⁶ el Tribunal ha sostenido que “una política penal basada en efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho.”¹⁷ En cambio el Tribunal propone que solo serían compatibles con nuestro texto constitucional penas “razonables, idóneas y proporcionales” para el fin de obtener la reinserción social de los condenados, contribuyendo de ese modo a la

prevención general y particular del delito.¹⁸ La proporcionalidad de una pena exigiría además, que ésta se corresponda “con la gravedad del delito completo que se somete a su juicio, siendo por tanto, desproporcionada si es que no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado”.¹⁹

Más allá de lo problemático que pueda ser que el Tribunal pretenda zanjar el problema de la teoría de la pena como si éste fuera un *sencillo* asunto de efectividad, en lo que nos interesa aquí el problema es la pretensión del Tribunal de arrogarse la facultad de valorar autónomamente la gravedad de los delitos.²⁰ En el caso que estamos discutiendo, el Tribunal considera que el delito contemplado en el artículo 318 del CP no tiene la gravedad que ameritaría la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Pero ¿de dónde ha sacado esto el Tribunal? ¿no es acaso la intensidad de la pena lo que, a lo menos en parte, indicaría la gravedad que el delito representa para una determinada comunidad en un determinado momento histórico? Y si hay alguien que tiene que hacer esa definición no puede sino ser el legislador, pues es éste y no el Tribunal quien representa la voluntad popular. A menos que el Tribunal piense que hay una medida de gravedad que es previa o externa al debate político, y que por alguna razón él se encontraría en una posición epistemológica privilegiada para acceder a ella. Pero esto último es obviamente improcedente en el contexto de un Estado democrático de Derecho.²¹

Un segundo problema que tiene la revisión del asunto de proporcionalidad por parte del Tribunal, es que éste muestra una cierta fijación con la privación de libertad ignorando el impacto que las penas de multa pueden tener para las personas condenadas, la mayoría de las cuáles son personas de muy bajos recursos.²² Las mismas razones que el Tribunal invoca para cuestionar la pena privativa de libertad, podrían invocarse para cuestionar la pena de multa que en el artículo 318 tiene un amplio margen, pues va desde 6 UTM (\$312.000

14 Véase la Ley N° 21.228.

15 Criticando el recurso al derecho penal en la “lucha contra la pandemia” véase, por ejemplo: Londoño, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de cuarentena? Revisión crítica de la Ley N° 21.240: más micro que macro”, en Revista de Ciencias Penales, Vol. XLVII, (Instituto de Ciencias Penales), 2020, p. 405; Skolnik, Terry, “Criminal Law During (and After) COVID-19”, en Manitoba Law Journal, Volume 43 Issue 4, 2020, pp. 175 y ss. En un contexto jurídico diverso, Lelliott et al., cuestionan la necesidad y justificación del castigo penal por comportamientos vinculados a la pandemia de la Covid-19 en Australia, concluyendo que no sería necesario acudir al castigo penal en todas las circunstancias (o en meras infracciones a normativa sanitaria no-penal), sino que reservarlo exclusivamente cuando se presente una transmisión intencionada o maliciosa del virus. Lelliott, Joseph et al., “Pandemics, Punishment, and Public Health: COVID-19 and Criminal Law in Australia”, en University of New South Wales Law Journal, Vol. 44 N° 1, 2021, pp. 179 y ss.; pp. 194 y ss. Por último, para el caso alemán, véase Dünkel, Frieder, “The Impact of Covid-19 on Prisons and Penal Policy in Germany”, en Victims & Offenders, Vol. 15 N° 7-8, 2020, pp. 1113-1123.

16 Para una revisión del test de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional en materia de aplicación de la Ley de Control de Armas, véase: Villegas, Myrna, “La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813”, en Política Criminal, Vol. 14 N° 28, 2019, pp. 1-53.

17 Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 2983-16, 13-12-2016, C°16.

18 Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 3041-16, 27-03-2017, C°31.

19 Nuevamente, véase: Tribunal Constitucional, Rol 3041-16, 27-03-2017, C°38.

20 Lo que aparece inconsistente con el arduo debate que sigue vigente sobre este punto en las disciplinas filosóficas y empíricas que estudian el problema penal.

21 Waldron, Jeremy, *Law and disagreement*, (OUP Oxford), 1999, pp. 164-187; y Waldron, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, en Yale Law Journal, Vol. 115 N° 6, 2006, pp. 1346-1406.

22 Fundación Paz Ciudadana, “Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad”, 2016 (disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-los-niveles-de-exclusion-en-personas-privadas-de-libertad/>). Véase también, por ejemplo: Lorca, Rocio, “Pobreza y responsabilidad penal”, en *El castigo penal en sociedades desiguales*, coordinado por Roberto Gargarella, (Miño y Dávila Editores), 2012, pp. 173-204.

pesos aproximadamente), una cifra nada despreciable considerando que representa más del 75% del ingreso mensual mediano en nuestro país.²³ Dado que el impacto de la pena de multa es radicalmente diferente en las personas según cual sea su situación social y económica, no haber considerado problemática la pena de multa supone una cierta indiferencia frente al impacto que puede tener esta pena en las personas de bajos recursos. Esto se agrava además por el hecho de que (i) el derecho penal se aplica de manera selectiva en contra de este grupo, (ii) el impacto de la pandemia de SARS-CoV-2, ha recaído con mucho mayor fuerza en los grupos sociales más desaventajados, y (iii) el cumplimiento de las reglas sanitarias es mucho más oneroso para la población de bajos recursos.²⁴ No haber revisado la proporcionalidad de la pena de multa reproduce y profundiza la amplia desigualdad que caracteriza al diseño y ejercicio del poder penal chileno. Un sesgo que a estas alturas no puede seguirse cobijando bajo un pretendido compromiso con la imparcialidad, la generalidad y la neutralidad liberal.

4. ¿El artículo 318 del Código Penal como ley penal en blanco?

Si bien el Tribunal no acogió el argumento de la parte requirente en el sentido de que la norma revisada infringiría el principio de legalidad, dado que este fue un argumento relevante en las opiniones de tres de los ministros que concurrieron al voto de mayoría, revisaremos críticamente las razones por las cuales el punto fue descartado por los ministros Aróstica y Vásquez.

El principio de legalidad penal, establecido en el artículo 19 N°3 incisos octavo y noveno de la Constitución, establece que solo el legislador puede crear delitos y penas y que, tanto los delitos como las penas, deben encontrarse publicados con anterioridad a la comisión del delito y descritos con precisión por el mismo legislador.²⁵ Excepcionalmente, la conducta prohibida puede complementarse mediante una regla de menor jerarquía, en la medida que sea el legislador quien define los límites del comportamiento punible

(ley penal en blanco impropia). En cambio, cuando la ley penal no describe con precisión el comportamiento prohibido y entrega esta facultad al aparato administrativo, estamos frente a lo que la doctrina denomina una ley penal en blanco propia, que es generalmente considerada como contraria al principio de legalidad penal.²⁶

En lo que aparece como el voto de mayoría, los ministros Aróstica y Vásquez consideran que el artículo 318 “no puede ser catalogado como una “ley en blanco”, básicamente porque la disposición legal sí contendría la descripción de la conducta delictiva toda vez que tiene descrito el verbo rector de la misma, esto es, ‘poner en peligro’ la salud pública (considerando 1° de su voto). Pero el sentido del principio de legalidad no se satisface con la mera mención de un verbo rector, si éste no es capaz de invocar una descripción clara del tipo de conducta humana de la que debemos abstenemos o que debemos realizar.²⁷ Pues el sentido principal del principio de legalidad es controlar la arbitrariedad del ejercicio del poder penal otorgando certeza a los ciudadanos sobre las posibles consecuencias de sus cursos de acción. Esto permite a su vez, fundar el juicio de culpabilidad, pues lo que se reprocha en la condena penal es no haber cumplido con la norma de comportamiento establecida por el legislador, algo que difícilmente puede hacerse si la norma no describe suficientemente el comportamiento requerido o prohibido.²⁸

Para que la remisión de una ley penal a la potestad normativa de la administración del Estado no infrinja el mandato de determinación que forma parte de la regla constitucional de legalidad, los ministros Letelier y Pica sostienen, correctamente a nuestro juicio, que ésta debe (i) establecer el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infra legal de

²³ De acuerdo con la “Síntesis de Resultados, Encuesta Suplementaria de Ingresos 2019” del Instituto Nacional de Estadísticas, publicado en octubre de 2020, el ingreso mediano mensual en Chile es de \$401.000.

²⁴ Véase Lelliot et. al., pp. 187 y ss., Bilal, U., Alfaro, T., & Vives, A. (2021). COVID-19 and the worsening of health inequities in Santiago, Chile. *International Journal of Epidemiology*, Lorca, Rocio, “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, en *Law, Culture and the Humanities*, N°o, 2018, pp. 1-20; Lorca, Rocio et. al., “Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas”, en Prensa.

²⁵ Véase en general sobre este principio y las normas referidas, Grez, Pablo “Garantías Penales (limes sustantivos al ius puniendi)”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, editado por Pablo Contreras y Catalina Salgado, (Tirant lo Blanch), pp. 381-437.

²⁶ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 1999, pp. 83 y ss.; Winter, Jaime, “El “principio” de legalidad como regla incompleta”, en *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, editado por Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman, (Thomson Reuters), 2016, p. 138.

²⁷ Véase, por ejemplo: Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General, Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 2005, p. 117: “La ley ha abandonado, en este caso [ley penal en blanco, tomando como ejemplo el artículo 322 del Código Penal], su exclusiva atribución de señalar determinadamente cuál es el hecho punible y la ha cedido a un reglamento que será el que vendrá a llenar su vacío y a completar el precepto”. En este sentido los Ministros Letelier y Pica, entienden la exigencia de tipicidad – en tanto manifestación del principio de legalidad- como la “precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta” (considerando 3° de su voto).

²⁸ Sobre la idea de la definición previa de lo punible como límite de la potestad punitiva del Estado, véase: Van Weezel, Alex, “Tiempos difíciles para el principio de legalidad en Derecho Penal”, en *La justicia como legalidad. estudios en homenaje a Luis Ortíz Quiroga*, coordinado por Nicolás Acevedo, Rafael Collapero y Juan Pablo Mañalich, 2020, pp. 51-74.

complemento solamente elementos accidentales del tipo, (ii) la norma de complemento debe ser un reglamento general y abstracto dictado mediante Decreto Supremo, y (iii) debe encontrarse publicado en el Diario Oficial (considerando 9°). Recordemos que la conducta típica descrita en el inciso primero del artículo 318 del CP establece como comportamiento prohibido poner 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.” Así, de acuerdo con los criterios de Letelier y Pica, esta norma penal no cumpliría con las exigencias del mandato de determinación legal toda vez que el núcleo del comportamiento prohibido sería la “mera desobediencia” a órdenes de la autoridad administrativa y la ley no señalaría un reglamento específico donde se encontrarían estas órdenes.

A nuestro juicio, y estando de acuerdo con la postura de Letelier, Pica y también de Pozo,²⁹ el artículo 318 del CP es un caso bastante claro de una ley penal en blanco prohibida por el principio de legalidad, pues el legislador le otorga una facultad al órgano administrativo para determinar los comportamientos que realizarían el tipo penal y esta delegación le está prohibida en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 N°3, incisos octavo y noveno de la Constitución.³⁰

Llama la atención que Aróstica y Vásquez al revisar la proporcionalidad de la pena impuesta por el legislador no identifican un problema de legalidad aun cuando señalan que el legislador cometió “una diferencia injustificada, y por ello arbitraria, al facultar a distintos órganos administrativos, sin parámetros objetivos mediante, a optar porque se sancione la misma conducta ya sea con una multa penal o administrativa o bien con una pena privativa de libertad, lo que a todas luces resulta inaplicable por inconstitucional” (considerando 7°).³¹ Si hubieran profundizado un poco más en esta observación quizás Aróstica y

²⁹ Si bien Pozo se ocupa tangencialmente de este asunto, sí concurre en esta opinión al sostener que el artículo 318 del CP, se trataría de “un delito que carece de conducta”, vulnerándose el principio de taxatividad consagrado en el artículo 19 N°3, inciso noveno de la CPR (considerando 31° de su voto).

³⁰ En este sentido véase Londoño, p. 415. Mañalich igualmente sostiene que habría una ley penal en blanco tanto en el artículo 318 como en el 318 bis, “porque el supuesto de hecho de una y otra norma de sanción queda construido a través de una remisión – dinámica – a alguna norma o directiva de complemento” (énfasis en el original), (p. 41) que además no cumple con la exigencia de taxatividad mínima, ya que “no logra perfilar los contornos de una forma de comportamiento identificable con prescindencia de alguna norma sanitaria que pudiera llenar la correspondiente cláusula en blanco” (p. 44). Mañalich además concuerda con Londoño en un problema que surge a propósito de esta indeterminación, consistente en un listado ilimitado de conductas que pudieran ser punibles, lo que dependería casi exclusivamente de la cantidad de mandatos o prohibiciones correlativos en el marco de las reglas de salubridad (p. 44).

³¹ El énfasis es nuestro.

Vásquez se habrían dado cuenta de que el principio de legalidad y su particular exigencia de taxatividad sí se infringen en esta regla. De haber sido así, tendríamos un genuino fallo con un voto de mayoría sustancialmente correcto.

5. Conclusiones

Esta decisión del Tribunal Constitucional se suma a una serie de pronunciamientos judiciales que han cuestionado el recurso al poder penal como una táctica para controlar la propagación del virus SARS-CoV-2. Quizás los pronunciamientos más significativos en limitar dicho recurso han venido de la Corte Suprema, pero sin duda la opinión del Tribunal Constitucional, aunque limitada en su alcance y anómala en su forma, ha tenido también un impacto en los cambios que ha sufrido la política del órgano persecutor chileno.³² A lo que sin duda se han sumado problemas de carácter práctico.³³

Como hemos señalado a lo largo de este comentario, este fallo tiene una serie de peculiaridades que han de llamar nuestra atención. En primer lugar, se trata de un fallo en el que es difícil identificar la opinión de un tribunal como una agencia distinta a sus miembros y que pueda entonces configurar una opinión de mayoría que respalde lo resolutivo del fallo. Esta anomalía se suma a una ya criticada técnica de fragmentar los preceptos legales, que en este caso lleva al Tribunal a resolver un problema que no se ha planteado en el caso y dejar sin resolver la inquietud para la cual se ha solicitado su intervención. En segundo lugar, en términos de su esquivo fundamento de mayoría, el Tribunal vuelve a insistir en una postura sobre los fines del derecho penal y la forma en que se determina la gravedad de los delitos, que desafía la división de poderes que es propia de una sociedad democrática. Finalmente, el

³² El 5 de mayo de 2021, el Fiscal Nacional instruyó a los Fiscales Regionales un cambio de criterio en la persecución del delito del artículo 318 del CP en virtud del cual la pura infracción del toque de queda no da pie para iniciar una persecución por infracción de dicha norma, lo que da cuenta de un criterio más restrictivo para su aplicación. (véase la noticia publicada en *Latercera.com*, Efectos del fallo de la Suprema: Carabineros cambia criterios para detenciones durante toque de queda, 11 de mayo de 2021). Si bien dicha comunicación no se encuentra públicamente accesible, se da cuenta de la misma en los oficios de Fiscales Regionales tales como: Oficio FRM N°2378/2021 de 7 de mayo de 2021, del Fiscal Regional de la Región del Maule dirigido al Prefecto Inspector, Jefe de la VII Región Policial Maule; Oficio FR N°196/2021 de 6 de mayo de 2021, de la Fiscal Regional de Valparaíso dirigida al Jefe de la V Zona Policial de Carabineros.

³³ En abril del presente año, el Ministerio Público informó que en 13 meses de la pandemia 529.357 personas han ingresado al sistema de justicia penal por cometer delitos contra la salud pública (véase: *Cooperativa.cl*, Chile acumula más de medio millón de imputados por delitos contra la salud pública, 16 de abril de 2021). Por su parte, según datos de la Defensoría Penal Pública, de los 359.000 casos ingresados en 2020, 135 mil fueron por delitos contra la salud pública, a diferencia del 2019, en que solo ingresaron 201 casos por estos delitos (véase: *Latercera.com*, Cuenta pública de la Defensoría: uno de cada tres delitos imputados en 2020 fue contra la salud pública, 21 de abril de 2021).

Tribunal yerra a nuestro parecer, al no declarar inaplicable el artículo 318 del CP por tratarse de una ley penal en blanco que infringe el principio de legalidad establecido en el artículo 19 N°3 de la Constitución.

Por razones de espacio no hemos considerado una serie de reflexiones formuladas por los distintos integrantes del Tribunal, que sin duda ameritan consideración. Por ejemplo, el ministro Pozo ha abordado uno de los temas más controvertidos en la dogmática penal respecto al artículo 318 del CP, esto es, la cuestión de si se trata de un delito de peligro abstracto o concreto y cómo entonces determinar su sentido y alcance. En este ámbito la Corte Suprema parece haberse inclinado por la postura doctrinaria según la cual se trataría de un delito de peligro "abstracto-concreto" (o hipotético), exigiendo un nivel mínimo de lesividad en el comportamiento que excluye la posibilidad de dar por realizado el tipo por el mero incumplimiento de alguna medida sanitaria.³⁴ Pero dado que este punto no forma parte de la ya latamente comentada "decisión de mayoría," ha de quedar como una discusión para otro día.

³⁴ Al respecto véanse: Corte Suprema, Rol 125436-2020, 25-03-2021; Corte Suprema Rol 149239-2020, 20-04-2021; y, Corte Suprema Rol 131966-2020, 23-04-2021.