

# EL DELITO DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y DE PROPORCIONALIDAD (COMENTARIO A SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL) (STC ROL 8950)

JUAN DOMINGO ACOSTA SÁNCHEZ<sup>1</sup>

**RESUMEN.** En el presente artículo comento una sentencia del Tribunal Constitucional respecto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que recae en el artículo 318 del Código Penal (delito contra la salud pública) y que fue parcialmente acogido. Abordo, primeramente, la cuestión del bien jurídico protegido en este delito y la naturaleza del peligro que a su respecto exige el tipo penal (peligro concreto, peligro abstracto o peligro abstracto-concreto); seguidamente me hago cargo de esa figura penal como ley penal en blanco cuyo núcleo esencial no satisface el estándar constitucional y, por lo tanto, debe considerarse que vulnera al principio de tipicidad; finalmente, me refiero a si este delito y, en particular las penas que la ley le asigna, cumplen o no con el principio de proporcionalidad, tanto en sentido amplio como restringido.

**PALABRAS CLAVE.** Tribunal Constitucional; salud pública; delitos de peligro abstracto-concreto; ley penal en blanco; núcleo esencial; proporcionalidad, *ne bis in idem*.

**SUMARIO.** 1. Sentencia Rol N°8950-20 del Tribunal Constitucional. 2. Bien jurídico. ¿Delito de peligro abstracto, de peligro concreto o de peligro abstracto-concreto? (peligro hipotético). 3. Ley penal en blanco y principio de reserva. 4. Proporcionalidad. 5. Conclusiones.

## 1. SENTENCIA ROL N° 8950-20 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia tiene su origen en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por una magistrada del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, respecto del artículo 318 del Código Penal (“CP”) y en relación a una causa sometida a su conocimiento.

<sup>1</sup> Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile.

En la gestión pendiente respectiva el Ministerio Público dedujo requerimiento en procedimiento monitorio en contra del imputado, quien fue sorprendido por funcionarios de Carabineros de Chile en la vía pública en horas de toque de queda sin contar con un permiso temporal o permiso único colectivo que lo habilitara para ello, infringiendo así la Resolución Exenta N°373, de fecha 20 de mayo de 2020, del Ministerio de Salud<sup>2</sup>. En él se propuso la imposición de una pena de seis Unidades Tributarias Mensuales.

A juicio del Ministerio Público, ese hecho configuraría el delito previsto en el artículo 318 CP, que impone las penas de presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales a quien: *“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”*. Las penas actuales de este delito fueron incorporadas mediante ley N° 21.240 publicada en el Diario Oficial de 20 de junio de 2020, la que además permitió aplicar las normas del procedimiento monitorio en los casos que el Ministerio Público pide únicamente una pena de multa que no exceda de seis Unidades Tributarias Mensuales.

La magistrada dictó una resolución rechazando el requerimiento por no estar suficientemente fundado y porque los hechos imputados no permiten tener por configurado el ilícito en que se funda la acción del Ministerio Público *“atendido que no se describe por qué la conducta descrita puso en peligro la salud pública en tiempo de catástrofe, epidemia y contagio”*.

Sostuvo la jueza recurrente que, la aplicación del artículo 318 CP en ese caso, vulneraría el artículo 19 N°s 2° y 3° de la Constitución Política de la República (*“CPR”*) porque *“se atentaría, en el caso concreto, contra de los principios de proporcionalidad y legalidad, así como la igualdad ante la ley.”* Explicita que *“no existiría una relación de equilibrio entre el castigo que se impondrá y la conducta que se imputa al señor Soto, puesto que el referido artículo 318 no entrega parámetros objetivos para seleccionar la sanción concreta.”* Agregó que el Ministerio Público obraría con una potestad discrecional amplia y ajena al Estado de Derecho chileno.

---

<sup>2</sup> En el requerimiento se mencionan las siguientes prórrogas a la Resolución Exenta N° 343: *“...medida prorrogada por la Resolución Exenta 396 de fecha 27 de mayo de 2020, medida prorrogada por la Resolución Exenta 417 de 03 de junio de 2020, Resolución Exenta 448 de 10 de junio de 2020, Resolución Exenta 467 de 17 de junio de 2020, Resolución Exenta 479 de 26 de junio de 2020 y Resolución Exenta 504 de 01 de julio de 2020 con vigencia hasta el 10 de julio de 2020, todas dictadas en el marco del DS N° 104 del Ministerio del Interior de fecha 18 de marzo de 2020, prorrogado por el DS N° 269 de fecha 12 de junio de 2020, que declara Estado de Excepción Constitucional de catástrofe por Calamidad Pública en todo el territorio nacional, poniendo de esta forma en peligro la salud pública en tiempo de catástrofe, epidemia y contagio.”*

Adicionalmente, reclama la magistrada requirente que la aplicación del precepto legal impugnado al caso infringiría el principio de legalidad previsto en los incisos 8° y 9° del artículo 19 N° 3 CPR, dado que la conducta del tipo penal no estaría suficientemente expresada en él y, en consecuencia, no tendría la aptitud comunicativa hacia las personas que deben cumplir.

En el procedimiento ante el Tribunal Constitucional (“TC”) compareció la Defensoría Penal Pública en representación del imputado en la gestión pendiente sobre la cual recayó el requerimiento. Junto con pedir que la acción de inaplicabilidad fuera acogida, señaló que el artículo 318 CP constituye una ley penal en blanco propia que no satisface la exigencia constitucional de que el núcleo esencial estaría contenido en la conducta típica y esté señalado en la ley. Sostuvo que el artículo 318 CP delegaría en una norma de rango infra legal, esto es, *“las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”*, la determinación del núcleo esencial del comportamiento, lo que infringiría el principio de reserva legal.

También lo hizo el Ministerio Público y pidió que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fuera rechazado. Sostuvo, entre otros argumentos, que en el caso del artículo 318 CP el parámetro para determinar la pena privativa de libertad a imponer es el establecido en el inciso 1° del artículo 68 CP y, en el caso de la multa, se encontraría en el artículo 70 CP. Agregó que en el presente caso no se vulnera el principio de proporcionalidad desde el momento en que al imputado se requirió aplicar la pena menor prevista en la ley: multa de seis Unidades Tributarias Mensuales. También señaló que el artículo 318 CP cumple con el principio de taxatividad puesto que en él se encontraría el verbo rector *“la prohibición de infringir reglas higiénicas o de salubridad, poniendo con ello en riesgo el bien jurídico protegido por la disposición, esto es, la salud pública. A ello la norma agrega dos condiciones que circunscriben el ámbito en que el injusto debe materializarse: debe tratarse de reglas (higiénicas o de salubridad) debidamente publicadas por la autoridad y, en segundo término, está limitado a que ello ocurra en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”*.

La sentencia del TC, por mayoría de votos (cinco a favor y cuatro en contra) acogió parcialmente la acción de inaplicabilidad y declaró inaplicable por inconstitucional únicamente la frase *“presidio menor en su grado mínimo a medio o”* del artículo 318 CP, de modo que sólo podría imponerse como sanción la pena de multa. Ello, sin perjuicio de que algunos ministros estuvieron porque se declarara inaplicable el artículo 318 CP en su totalidad.

Además, los ministros de la mayoría no coincidieron en los argumentos que sustentaban su posición, del mismo modo que tampoco hubo plena coincidencia argumentativa entre los votos disidentes.

Los ministros señores Aróstica y Vásquez estuvieron por declarar inaplicable por inconstitucional únicamente la frase “*presidio menor en su grado mínimo a medio o*” del artículo 318 CP, porque a su juicio en esa parte la norma legal viola el principio de proporcionalidad. Sostienen primeramente que “*la Ley N° 20.724, del año 2014, y sobre la base de lo razonado en STC Rol N° 1518-09, derogó la pena de prisión que contemplaba el artículo 169 del Código Sanitario, quedando únicamente la multa como sanción por las infracciones de sus disposiciones (artículo 174)*”<sup>3</sup>. Agregaron que la contravención al toque de queda y otras restricciones a la libertad de tránsito dispuestas en virtud del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe puede derivar en la imposición de una multa conforme al artículo 495 CP<sup>4</sup>, pero no en la privación de libertad. Argumentaron también una razón histórica: el antecedente del artículo 318 CP es el artículo 485 N° 6 del Código Penal español de 1848, que sancionaba como falta la infracción a las reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de epidemia o de contagio, imponiendo la pena de “*arresto de cinco á quince ó una multa de 5 á 15 duros*”. Al incorporarse a nuestro CP se le dio el carácter de simple delito con penas alternativas de multa o de presidio. Por último, justificaron la falta de proporcionalidad entre la privación de libertad que impone la norma con el fin de la misma en que “*la Ley N° 21.228 ha otorgado un indulto general conmutativo a las personas que se encontraban privadas de libertad, con el objetivo de evitar precisamente el contagio intra carcelario del indicado virus*”. En cambio, desestimaron que el artículo 318 CP transgreda el principio de legalidad (tipicidad) porque no podría ser catalogado como una “*ley en blanco pues, a su juicio, en la norma legal se describe un verbo rector que consistiría en poner en peligro la salud pública.*”

<sup>3</sup> En este razonamiento hay un evidente error ya que el artículo 169 CS, antes establecía un apremio de prisión para el caso de no pago de una multa por infracción sanitaria y no una pena de prisión administrativa y menos aún una penal. Son medidas destinadas a asegurar el cumplimiento de una obligación (el pago de una multa) que cesan tan pronto ella se satisface. Otra cosa es que un apremio en que se prive de libertad a una persona pueda resultar desproporcionado en un caso determinado y deba prescindirse de él, pero ello desde la óptica del derecho a la libertad afectado y el fin que se persigue (el pago de la multa) pero no en cuanto es una sanción contraria al principio de proporcionalidad. El texto del artículo 169 CS hoy derogado no deja duda a este respecto:

“Artículo 169° (160).- Si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa.

Para llevar a cabo esta medida, el Director del correspondiente Servicio de Salud o del Instituto de Salud Pública de Chile, en su caso, solicitará del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso al establecimiento penal respectivo, a cuyo efecto librarán la orden correspondiente en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a la autoridad sanitaria.”

<sup>4</sup> La referencia es imprecisa ya que el artículo 495 (faltas) no consulta multas por infracciones sanitarias. La única conducta eventualmente aplicable es la del N° 1 de dicha norma, pero corresponde a la contravención a normas relativas al orden público en el sentido de tranquilidad pública.

Los ministros señores Letelier y Pica se inclinaron por declarar inaplicable íntegramente el artículo 318 CP. Afirmaron que el TC ha admitido como conformes al principio de tipicidad las leyes penales en blanco propias a condición de que cumplan tres requisitos: (i) que la ley describa el núcleo esencial de la conducta, en tanto que la norma de rango inferior se limite a complementar dicho núcleo; (ii) que el complemento conste en un Reglamento del Presidente de la República contenido en un Decreto Supremo, de carácter general y abstracto; y, (iii) que la norma complementaria haya sido publicada en el Diario Oficial. Respecto del primer requisito, afirmaron los señores ministros que, siendo el artículo 318 CP una ley penal en blanco propia, la conducta en él descrita no sería otra cosa que la mera desobediencia a órdenes de la autoridad administrativa, de modo que la descripción del “*tipo no es clara ni delimitada en su núcleo esencial por la ley, al punto que no se cumple el estándar de descripción suficiente ni de ley cierta, de acuerdo a los estándares de permisividad de leyes penales determinados por esta Magistratura*”. Agregaron que tampoco el artículo 318 CP cumple el tercer requisito ya que, conforme a su texto, las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad pueden consistir en instrumentos jurídico-administrativos de cualquier tipo, incluida una simple Resolución Exenta, con vigencia en solo parte del territorio nacional, que se modifican en forma permanente y que se publican por vías distintas al Diario Oficial.

El ministro señor Pozo también estuvo por acoger el requerimiento y declarar inaplicable por inconstitucional el artículo 318 CP en su totalidad.<sup>5</sup> En primer lugar, fundó su voto en que, conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y al principio de ofensividad (lesividad) el daño o el riesgo efectivo al bien jurídico pertenecen al núcleo del tipo penal. Por consiguiente, los delitos de peligro abstracto infringen el inciso 7° del artículo 19 N° 3° CPR, que prohíbe a la ley presumir de derecho la responsabilidad penal. El artículo 318 CP es a su juicio contrario a la CPR porque describe un delito de peligro hipotético, presunto, o estadístico, “*que no es materia propia del Derecho penal sino más bien del Derecho administrativo, lo que en definitiva genera la consecuencia que estamos en presencia de una mera infracción de medidas adoptadas por la autoridad sanitaria, que en ningún caso per se posibilitarán la imputación penal*”. Además, desde la óptica del principio de proporcionalidad, argumentó que el artículo 318 CP es contrario al subprincipio de idoneidad de la intervención

<sup>5</sup> Al inicio de la exposición del Sr. Pozo se refiere a las leyes penales en blanco propias: “no cabe duda que de algún modo las leyes penales en blanco atentan contra el “*nulla poena sine lege scripta*”, sin embargo, la duda surge de manera abierta en aquellas leyes penales en blanco propias, esto es, en la utilización de instancias legislativas de jerarquía inferior a la ley, pues aquellas serían verdaderos agravios al artículo 19 N° 3, inciso final, del Código Político”. No obstante, en su conclusión, este voto de mayoría no retoma esta línea argumental para inclinarse por acoger el requerimiento en forma total.

estatal para asegurar la protección al bien jurídico (y por ende el hecho de que la pena penal debe ser *ultima ratio*). Concluyó: “*la mera expansión de los instrumentos punitivos del Estado, circunstancia que omite la reconducción material de la lesividad de la conducta a un bien jurídicamente protegido -elemento normativo- conduce al Estado a la configuración de un derecho penal de desobediencia, en el cual el castigo se sustenta en una ausencia de descripción de la conducta sancionada, pues el utilizar la oración “poner en peligro la salud pública”, tiene como contenido un resultado. En otras palabras, estamos ante un delito que carece de conducta, produciendo un factor o elemento derivado, que es una norma inconstitucional en el caso concreto, por vulnerar el “principio de taxatividad,” consagrado en el artículo 19 N°3, inciso noveno de la Carta Política*”.

En su disidencia, la ministra señora Brahm y el ministro señor Fernández se refirieron *in extenso* a los regímenes de excepción que contempla la CPR en general, y, en particular, al estado de catástrofe, en términos de que “*no resulta posible, pues importaría desatender circunstancias del caso concreto, sustraer la aplicación del artículo 318 del Código Penal del estado de excepción de catástrofe dispuesto por S.E. el Presidente de la República*”, en el marco de la grave pandemia que azota al mundo (Covid-19). Luego, abordaron en forma detallada las normas sanitarias restrictivas de la libertad de desplazamiento que se han dictado durante los estados de catástrofe, agregando que corresponde al juez de la causa y no al TC referirse, entre otras materias, a si el delito del artículo 318 CP es de peligro abstracto o concreto y la naturaleza del procedimiento conforme al cual se debe juzgar. Añadieron que no consideran desproporcionado que el artículo 318 CP imponga una pena privativa de libertad como alternativa a la de multa considerando la gravedad de la cuestión sanitaria que enfrenta el país. En fin, señalaron que el artículo 318 CP es una ley penal en blanco que cumple con el principio de legalidad (tipicidad) y que la función comunicativa se ve en este caso satisfecha ya que “*no resulta plausible sostener que los justiciables puedan esgrimir desconocimiento o ignorancia del hecho que circular por la vía pública sin cumplir con las medidas sanitarias, sobre restricciones horarias o territoriales o relativas a obligaciones de uso de mascarilla u otras medidas preventivas -todas ellas tendientes a aminorar la posibilidad de contagio y su propagación de un virus potencialmente mortal- sirvan para sustentar la alegación de ley penal en blanco que se atribuye en el requerimiento de fs. 1 al artículo 318 del Código Penal.*”

Finalmente, la ministra señora Silva y el ministro señor García estuvieron también por rechazar el requerimiento. Primeramente, abordaron de manera pormenorizada la gravedad de la pandemia Covid-19 y en ese contexto consideraron que el artículo 318 CP no vulnera el principio de proporcionalidad porque el Ministerio Público pidió imponer al imputado la pena más baja de la norma

cuestionada y que el artículo 70 CP contiene elementos que permiten graduar la pena de multa. En segundo término, señalaron que el artículo 318 CP no afecta el principio de legalidad puesto que el núcleo esencial de la conducta se encuentra en la ley y consistiría en 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. En este sentido, no se trataría de un delito de peligro abstracto, sino de peligro abstracto-concreto, en que el artículo 318 CP “*se ha centrado en un marco de acción que tiene un volumen de acciones potencialmente peligrosas de contagio y en otras donde es posible descartarlo.*” Por lo tanto, en él no se requeriría de la prueba del peligro efectivo al bien jurídico. Por último, sostuvieron los disidentes que las reglas higiénicas o de salubridad cuya infracción se requiere para satisfacer el tipo, se encuentran debidamente publicadas por la autoridad.

De este modo, en el fallo del TC hay tres cuestiones que merecen la atención y que abordaré en el presente trabajo: (i) si el artículo 318 CP, en cuanto ley penal en blanco propia, vulnera o no el principio de tipicidad; (ii) el bien jurídico que se protege en este delito y si es de peligro abstracto, de peligro concreto o de peligro abstracto-concreto; y, (iii) la cuestión del principio de proporcionalidad.

## 2. BIEN JURÍDICO. ¿DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO, DE PELIGRO CONCRETO O DE PELIGRO ABSTRACTO-CONCRETO (PELIGRO HIPOTÉTICO)?

No hay mayor discusión en cuanto a que el bien jurídico protegido en los delitos del Título XIV del Libro II del CP es la salud (humana) pública, sin perjuicio de que en algunos casos puntuales la protección puede estar referida a algunos aspectos alternativos a la salud pública<sup>6</sup>. El epígrafe del Título XIV al que pertenece esta figura así lo revela, al menos desde su literalidad: “*Crímenes y Simples Delitos contra la Salud Pública*”.

En cambio, el concepto mismo salud pública (es decir, su significado y contenido) “*no es para nada claro*”.<sup>7</sup> Sobre el particular, en la doctrina comparada son posibles dos concepciones: o se trata de un “*bien jurídico colectivo asociado a un conjunto de condiciones que garantizan o fomentan la salud, o bien como una particular forma de proteger un bien jurídico individual (la salud individual) con-*

<sup>6</sup> Así ocurre en el delito del artículo 313 b en que el bien jurídico protegido parece estar conformado por la calidad y corrección que deben tener las prestaciones de salud y la confianza pública depositada en ellas.

<sup>7</sup> LONDOÑO (2019), pp. 418-419.

*cretamente mediante la represión de la puesta en peligro de la salud de un conjunto de personas indeterminadas. La doctrina y jurisprudencia nacionales se inclina por una lectura cercana a esta segunda posición (...) el bien jurídico protegido sería entonces la salud pública, pero entendida en referencia a la salud individual de un grupo indeterminadamente grande de personas*<sup>8</sup>. En el mismo sentido, Etcheberry señala: “no hay una “salud colectiva” sino en sentido metafórico. Lo que se quiere señalar al tratar de “salud pública” es que se desea proteger a la totalidad de los habitantes, o al menos a un número indefinidamente grande de ellos, contra conductas que son aptas para producir menoscabos en la salud de un número también elevado de personas, más allá de la salud de una persona determinada en particular: los atentados contra esta última se sancionan en el título de los delitos contra las personas.”<sup>9</sup>.

Salvo una opinión aislada<sup>10</sup>, el bien jurídico protegido en el tipo del artículo 318 CP es entonces la salud pública en el sentido de: “la salud individual de un grupo indeterminadamente grande personas”.<sup>11</sup>

Tal como se expresa en la frase “*pusiere en peligro la salud pública*”, incorporado al tipo penal por la ley N° 17.155, el artículo 318 CP describe un delito de peligro, cuestión sobre la cual no existe controversia. En cambio, sí se ha discutido acerca de la naturaleza del peligro exigido.

<sup>8</sup> LONDOÑO (2019), p. 419.

<sup>9</sup> ETCHEBERRY, IV (1998), p. 283

<sup>10</sup> Es la opinión de Viveros, quien parece pronunciarse en favor de un concepto de salud pública entendido como un bien jurídico colectivo, asociado a un conjunto de condiciones que garantizan o fomentan la salud:

“En cuanto concierne a la salud pública referida expresamente por el tipo penal del art. 318, lo primero que habría que señalar es que su concepto no equivale a la mera suma de la salud individual de un grupo más o menos numeroso de personas. La salud pública no tiene total autonomía respecto de la salud individual, pero resulta plausible atribuirle un fondo material propio vinculado al acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud que es deber del Estado garantizar y cuya ejecución compete al sistema de salud globalmente considerado.

En esta línea, puede afirmarse que la persona que infringe una medida de la autoridad sanitaria que apunta al control de la epidemia o contagio, afecta la salud pública porque en lo más inmediato pone en riesgo el funcionamiento del sistema que otorga las prestaciones de salud. La realidad evidencia que el descontrol de una enfermedad que afecta simultáneamente a un gran número de personas puede saturar el sistema sanitario y, cuando esto ocurre, resulta consiguientemente amenazada la vida y salud individual de toda la población.

De esta manera, la tutela jurídica de la salud pública dice relación inmediata con el buen funcionamiento del sistema de salud que, estando al servicio de las personas, interesa a todos. A su vez, al protegerse la salud pública, en cuanto referida al sistema sanitario en su totalidad, se otorga una protección anticipada y mediatizada a la salud individual, de modo que aquella sigue estando siempre al servicio de los intereses de las personas.”

<sup>11</sup> LONDOÑO (2019) p. 518

Etcheberry, en base a la modificación introducida por la ley N° 17.155, sostiene que la actual redacción del artículo 318 CP “*a diferencia de la existente en el texto original, tiene el carácter de delito de peligro concreto; anteriormente bastaba con la infracción de las reglas: ahora es preciso que a través de dicha infracción se ponga en peligro la salud pública*”.<sup>12</sup> Del mismo modo y en base a la literalidad de la frase “*pusiere en peligro la salud pública*”, Politoff, Matus y Ramírez sostienen que se trataría de casos “*que llevan la efectividad del peligro incorporada en la descripción legal*”.<sup>13</sup>

Bajo este concepto y como una primera aproximación, el artículo 318 CP sólo podría comprender comportamientos que impliquen un riesgo de contagio efectivo a un grupo indeterminado y grande de personas, lo que a su vez exigiría la existencia de una o más personas contagiadas capaces de propagar la enfermedad, sea que se trate de un interviniente en el hecho o que éste recaiga sobre una o más personas portadoras de la enfermedad y, por ende, capaces de contagiar. Las demás conductas carecerían de antijuridicidad material y, por ende, no darían lugar a la perpetración de este delito.

Mediante Oficio FN 057 de fecha 16 de enero de 2020 (instrucción general), el Fiscal Nacional del Ministerio Público afirmó que el artículo 318 constituye una figura de peligro concreto,<sup>14</sup> interpretación que conduce a una aplicación extremadamente restringida de este precepto legal y que difícilmente podría conciliarse con los fines de protección que persigue el artículo 318 CP.

Posteriormente, el Fiscal Nacional modificó su criterio: “*en este contexto, el Ministerio Público ha decidido fijar su posición de manera oficial, interpretando que el tipo penal en comento contiene un delito de peligro abstracto*”<sup>15</sup>, manteniendo esa interpretación hasta abril de 2021, en que impartió nuevas instrucciones teniendo en consideración lo decidido por la Corte Suprema a este respecto.<sup>16</sup>

Así, entre septiembre de 2020 y abril de 2021, el Ministerio Público llevó adelante la persecución penal por este delito entendiendo que comportamientos como la sola infracción de un toque de queda o una cuarentena serían suficientes

<sup>12</sup> ETCHEBERRY, IV (1998) p. 292.

<sup>13</sup> P.211

<sup>14</sup> “En el artículo 318 se establece una figura de peligro concreto que sanciona al que ponga en peligro la salud pública en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio y que las referidas reglas hubieren sido debidamente publicadas por la autoridad”.

<sup>15</sup> Comunicación de fecha 31 de agosto de 2020 del Sr. Fiscal Nacional del Ministerio Público a los Fiscales Regionales, Adjuntos y Asesores Jurídicos, como la remitida el 31 de agosto de 2020, en que actualizó: “Criterios de Actuación en delitos Salud Pública en Pandemia Covid 19 post reforma ley 21.240.”

<sup>16</sup> En abril 2021 y en razón de los criterios fijados por la Corte Suprema en sentencias judiciales, el Fiscal Nacional instruyó a los demás fiscales en el sentido de que el artículo 318 CP debe ser aplicado en cuanto delito de peligro hipotético (de peligro abstracto-concreto).

para satisfacer el tipo penal, ya que se trataría de una figura de peligro abstracto, en que la ley penal presumiría el peligro al bien jurídico por el solo hecho de infringirse las reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.

A una interpretación como esa se oponen al menos dos razones.

La primera es que comportamientos como la mera infracción a un toque de queda por quien ni siquiera tiene contacto físico con otras personas, difícilmente puede conectarse con un riesgo real a la salud pública.

La otra razón es el cuestionamiento que desde el punto de vista de su legitimidad puede dirigirse a los denominados delitos de peligro abstracto, al menos, en cuanto producto de una decisión discrecional del legislador. Se opone a esta clase de delitos -así concebidos y sin ninguna restricción material- el principio de lesividad, ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, que limita el ejercicio del poder punitivo del Estado sólo a casos en que el comportamiento debe ser relevante desde el punto de vista de la afectación al respectivo bien jurídico. En los delitos de peligro abstracto la ley presume *iure et de iure* que la realización de la conducta típica genera un peligro al bien jurídico, cuestión que compromete seriamente la constitucionalidad de normas legales, habida consideración que la CPR prohíbe al legislador presumir de derecho la responsabilidad penal (artículo 19 N° 3° inciso 9°). En rigor, en la construcción de un delito de peligro abstracto, el legislador podría presumir como peligroso cualquier comportamiento, aunque no tenga conexión directa con el bien jurídico, lo que es cuestionable desde el punto de vista de la legitimidad de ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Sin embargo, tampoco es razonable que en los delitos de peligro deba exigirse siempre y a todo evento la prueba del riesgo efectivo para el bien jurídico pues ello podría implicar que este último no quede debidamente resguardado.<sup>17</sup> Por último, hay que señalar que el principio de ofensividad o lesividad se integra al principio de proporcionalidad través del denominado juicio de idoneidad, y, por esa vía, a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma penal.

La ley N° 21.240 (Diario Oficial de 20 de octubre de 2020) incorporó en el CP un nuevo artículo 318 bis, en que se sanciona con una pena más grave en relación al artículo 318 a quien: “*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*”. Se trata de delito de peligro concreto y que consiste en el generar un riesgo (efectivo) de propagación de agentes patológicos.

---

<sup>17</sup> Sobre el particular, véase MALDONADO (2006) y HERNÁNDEZ (2016).

En consecuencia, si el artículo 318 CP es un delito de peligro concreto en que es necesario un riesgo efectivo de contaminación de una enfermedad, en razón del principio de absorción o subsunción, ya que todos esos comportamientos estarían comprendidos en la hipótesis agravada del artículo 318 bis y el artículo 318 CP carecería de objeto. Con todo, la ley N° 21.240 no alteró la descripción de la conducta típica en el artículo 318 CP y sólo aumentó las penas, de modo que si el artículo 318 CP describía un delito de peligro concreto, la ley N° 21.240 no pudo hacer de aquél una figura de peligro abstracto.

Por su parte, Hernández destaca que el artículo 318 CP no puede ser de peligro concreto desde el momento en que el bien jurídico que en él se protege “*no es la salud de nadie en particular*” y, consecuentemente “*tampoco puede probarse su puesta en peligro más allá de la prueba de la peligrosidad general de la conducta*”.<sup>18</sup> Por ello, si el fin perseguido por la norma es proteger a la totalidad de los habitantes o a un número indefinidamente grande de ellos “*contra conductas que son aptas para producir menoscabos en la salud de un número también elevado de personas, más allá de la salud de una persona determinada*”<sup>19</sup>, no se puede exigir la demostración de un riesgo real o efectivo a la salud de personas determinadas.

Tampoco se trata de un mero delito de peligro abstracto, sino de uno “*de peligro abstracto-concreto o de aptitud o idoneidad*”<sup>20</sup> (también llamados de peligro hipotético), los que comparten características propias de los delitos de peligro concreto y de los de peligro abstracto, Son “*formulaciones típicas que requiere la afirmación de la peligrosidad de la conducta en concreto, su idoneidad lesiva, sin que se exija que ella se haya expresado en una peligrosidad efectiva y real para el bien jurídico, en un resultado. Es decir, y según hemos ya desarrollado, se exige la concurrencia de “peligrosidad” más no de “peligro”*”.<sup>21</sup> En ellos no se exige la prueba del riesgo efectivo al bien jurídico, pero tampoco se trata de un derecho penal puramente simbólico, en que se prescindiera del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o intereses (principio de lesividad u ofensividad). En estos delitos, es clave el concepto de “*peligrosidad*” de la conducta, ya que permite conjurar el riesgo de prescindir de toda conexión entre el comportamiento prohibido y la protección del bien jurídico, por una parte, y por la otra, desligarse de la exigencia de prueba de un “*peligro*” efectivo a ese bien o interés. Peligrosidad que se debe determinar en base “*a un juicio ex-ante de un observador imparcial situado en concreto, con el mismo nivel de conocimiento objetivo y subjetivo del autor.*”<sup>22</sup>

<sup>18</sup> HERNÁNDEZ (2016) p. 173

<sup>19</sup> ETCHEBERRY, IV (1998), p. 283.

<sup>20</sup> LONDOÑO (2019), p. 520.

<sup>21</sup> MALDONADO (2006), p. 49.

<sup>22</sup> MALDONADO (2006), p. 49.

El reconocimiento del delito del artículo 318 CP como de aptitud o idoneidad permite salvar -bajo ciertas condiciones- las objeciones que se han dirigido sobre los delitos de peligro abstracto en cuanto a su falta de legitimidad, incluso bajo una concepción dualista en que el injusto típico necesariamente debe constituirse tanto por un desvalor de acción (existencia de una expresión de voluntad contraria a la norma o al derecho), como por un desvalor de resultado (sobre el que descansa la función limitativa y protectora de bienes jurídicos), de manera que si falta cualquiera de ellos no hay antijuridicidad material ni delito.<sup>23</sup> Sin embargo, para que sea posible admitir como legítimos los delitos de aptitud o idoneidad es menester su empleo en forma excepcional y siempre que el tipo penal describa adecuadamente los presupuestos que permitan constatar una relación entre el comportamiento típico y la capacidad de éste de afectar el bien jurídico correspondiente.<sup>24</sup>

Reconducidas estas reflexiones al tipo penal del artículo 318 CP puede afirmarse que no toda infracción a las reglas higiénicas o de salubridad publicadas para regir en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio implica que sea peligrosa para la salud de un número indeterminadamente grande de personas (salud pública) y, por lo tanto, realizar el delito en análisis. Se trata, por lo tanto, de determinar qué comportamientos que infrinjan las reglas de higiene y salubridad son idóneas para poner “*en peligro la salud pública*” como exige el artículo 318 CP y cuáles no tienen esa aptitud y quedan fuera de las fronteras del tipo penal y su complemento.

En este sentido es esclarecedora la sentencia de fecha 25 de marzo de 2021 dictada por la Corte Suprema<sup>25</sup> que acogió un recurso de nulidad deducido en contra de una sentencia condenatoria por el delito del artículo 318 CP y dictó el correspondiente fallo de reemplazo absolutorio. El fallo parte por hacer una comparación entre el artículo 318 CP y el artículo 318 bis CP, y concluye que el primero pertenece “*a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o “abstracto-concreto”, que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya*

<sup>23</sup> MALDONADO (2006), p. 54 y ss.

<sup>24</sup> “Bajo tales supuestos no queda otra opción que afirmar que en dichos esquemas se acepta la legitimidad de las figuras de peligrosidad, ya sea directamente o en atención a su reconocimiento “excepcional”. Tarea pendiente es desarrollar una adecuada coordinación entre las argumentaciones que aceptan excepcionalmente su la punibilidad de conductas peligrosas y el principio general que recurre, al menos formalmente, a la exigencia de un resultado de peligro, como supuesto “mínimo indispensable” de legitimidad. Ello pasa por una adecuada descripción de los presupuestos que deben exigirse para entender que existe una relación que implica afectar el bien jurídico tutelado, que se haga cargo de explicar cómo ello se alcanza con la sola afirmación de la peligrosidad del comportamiento. Ello excede los objetivos que nos hemos propuesto en este lugar”. (MALDONADO (2006), pp. 59 y 60).

<sup>25</sup> Causa Rol Ingreso Corte Suprema: Rol N° 125.436-2020.

*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). Luego, en el fallo se afirma que la mera infracción a un toque de queda o restricción domiciliaria nocturna no es un comportamiento que satisfaga la exigencia de peligro, ni concreto ni hipotético a la salud pública, ni siquiera en tiempos de pandemia, lo que hace una diferencia entre el delito penal y la infracción administrativa (considerandos 10 y 11). Concluye señalando que falta en la conducta imputada la antijuridicidad material, de modo que la sentencia recurrida infringe el artículo 318 CP (considerando 12).

La Corte Suprema ha confirmado este criterio en otros casos en que se ha imputado la infracción a un toque de queda decretado por motivos sanitarios (sentencia de fecha 20 de abril de 2021, Rol N° 149.239-2020 y sentencia de 23 de abril de 2021, Rol N° 131.966-2020).

Este punto de vista, que cuenta con respaldo jurisprudencial y doctrinario<sup>26</sup>, es el correcto y permite una interpretación armónica entre el artículo 318 CP y el artículo 318 bis CP. Conforme a él, la determinación de qué infracciones a las reglas de higiene y sanitarias en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio permiten configurar el delito del artículo 318 CP debe hacerse en un examen caso a caso, considerando la naturaleza de la regla contravenida y la forma en que se ha realizado la infracción, de modo que sólo pueden ser consideradas aquellas idóneas para poner en riesgo la salud individual de un grupo indeterminadamente grande de personas, excluyéndose las demás, como ocurre, por ejemplo, con la simple infracción a una cuarentena territorial o a un toque de queda.

### 3. LEY PENAL EN BLANCO Y PRINCIPIO DE RESERVA

Contra lo que sostuvieron los ministros Sres. Aróstica y Vásquez en la sentencia comentada, el artículo 318 CP constituye una ley penal en blanco, afirmación que no ofrece mayor desafío desde el momento en que la norma penal -para determinar el comportamiento típico- refiere a otras normas jurídicas: las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad y que deben regir en catástrofe, epidemia o contagio. Si conductas como el no uso de mascarillas en lugares en que es exigible, la reunión en un lugar cerrado

---

<sup>26</sup> "En cualquier caso, la hipótesis de mera infracción de cuarentena por ciudadanos no contagiados debe quedar definitivamente excluida del art. 318 (y con mayor razón de los nuevos tipos penales). Una lectura distinta descansa últimamente en una reinterpretación formalista del art. 318, prescindente de su exigencia expresa de puesta en peligro para la salud pública." (LONDOÑO (2020, p. 24).

de un número mayor de personas al permitido, la apertura de un establecimiento comercial que debe permanecer cerrado en razón de una cuarentena o la infracción a un toque de queda decretado por razones sanitarias son o no penalmente sancionables al tenor del artículo 318 CP es algo que no puede hacerse sólo desde esta norma, ya que es necesario recurrir a las respectivas “*reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad*”, que son las que describen los mandatos y prohibiciones específicos cuya infracción podría acarrear responsabilidad penal. Se trata, además, de una ley penal en blanco propia, porque el complemento se encuentra en normas de jerarquía inferior, (en cambio, en la ley penal en blanco impropia ese complemento está contemplado en “*una ley distinta, pero de igual o superior jerarquía.*”)<sup>27</sup>

No obstante, en otro requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Rol N° 9323-20) el Ministerio Público sostuvo que se trataría en realidad de una ley penal en blanco impropia y que, por ende, no ofrecería problemas de constitucionalidad. Tal afirmación, en palabras del Sr. Fiscal Nacional del Ministerio Público, se sustentaría en que el artículo 318 CP pertenece a un sistema jurídico conformado por los artículos 32 N° 5, 39, 41 y 43 CPR; los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley N°18.415 Orgánica Constitucional de Estado de Excepción; el Título II del Libro I del Código Sanitario (“CS”) en el que se regulan las acciones estatales en contra de enfermedades transmisibles y epidemias, entre otras reglas aplicables, todas las cuales tienen como denominador común la condición de ser normas de carácter legal o incluso supralegal, cuya aplicabilidad está restringida a un régimen de excepción: el de catástrofe. Concluye que “*una lectura debidamente contextualizada del artículo 318 del Código Penal permite comprenderla plenamente, recobrando la inteligibilidad que una comprensión descontextualizada de la misma regla le niega: leída en conjunto con el sistema jurídico al cual pertenece, el artículo 318 Código Penal demuestra que posee el complemento normativo propio de una ley penal en blanco impropia.*”

Este razonamiento es incorrecto, pues las normas de rango constitucional y legal mencionadas no describen mandatos o prohibiciones en materia de higiene y seguridad cuyos destinatarios sean los ciudadanos en general, cuya infracción pueda generar para ellos responsabilidad penal en virtud del artículo 318 CP. En estas disposiciones no se identifican comportamientos que las personas estén obligadas a seguir o que deban abstenerse de realizar y que puedan considerarse como complemento del artículo 318 CP. En el caso de las normas constitucionales que cita el señor Fiscal Nacional -artículos 32 N° 5, 39, 41 y 43 CPR-, su objeto es habilitar al Presidente de la República

---

<sup>27</sup> CURY (2020), p. 212.

para decretar un estado de excepción y restringir por esa vía el ejercicio de los derechos que la CPR reconoce. Esas disposiciones sólo podrían infringirse (como exige el artículo 318 CP) si alguien, fuera de los casos que la CPR señala, impide al Presidente de la República decretar un estado de excepción o si, decretado, se impide al Presidente de la República limitar o suspender el ejercicio de alguno de esos derechos hasta el punto que permite la CPR. Ni siquiera pueden calificarse de “*reglas higiénicas y de salubridad debidamente publicadas por la autoridad*”.

Algo semejante ocurre en el caso de los artículos 5º, 6º, 7º y 8º de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.415 de Estados de Excepción Constitucional, que en lo pertinente, se limitan a facultar al Presidente de la República para delegar todas o algunas de las facultades con que cuenta, en los jefes de la Defensa Nacional (artículo 6º); que describen las facultades que se confieren a los jefes de la Defensa Nacional en un estado de catástrofe (artículos 5º y 7º); y que establecen la forma en que se debe decretar un estado de excepción, su duración en cada caso y otras cuestiones formales (artículo 8º). Por lo tanto, no constituyen reglas higiénicas y de salubridad, no describen comportamientos que los ciudadanos deban realizar o abstenerse de ejecutar; son fundamentalmente normas habilitantes para el Presidente de la República y para los jefes de la Defensa Nacional y sólo pueden infringirse si, fuera de los casos previstos en la CPR y en la ley, se impide al Presidente o a los jefes de la Defensa Nacional ejercer sus atribuciones en un estado de excepción constitucional, o, en el caso del artículo 8º, si el Presidente de la República no cumple con las formalidades y plazos que allí se indican para decretar y llevar adelante un estado de excepción.

Y en cuanto al CS, el señor Fiscal Nacional menciona los artículos 22, 24, 25 y 26 del Título II denominado “*De las Enfermedades Transmisibles*”, disposiciones legales cuyo destinatario es la autoridad de salud y de normas habilitantes para que ellos puedan adoptar medidas destinadas a afrontar desde un punto de vista sanitario las enfermedades transmisibles. Ninguna de ellas contiene normas de comportamiento dirigidas a las personas en general, de manera que mal pueden ser infringidas por las personas en general. En el planteamiento del Ministerio Público se confunde la norma de habilitación con las que contienen las decisiones específicas que en virtud de las facultades que el CS otorga, adopta la autoridad sanitaria, ya que sólo estas últimas pueden ser infringidas por las personas y constituyen el complemento del artículo 318 CP. Ello, sin contar con el hecho de que las citadas normas del CS tienen vigencia permanente y no la temporal que establece el artículo 318 CP: “*en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio*”. Y si, por el contrario, algunas de esas disposiciones del CS (especialmente los artículos 22 y 26) sí pueden entenderse como “*reglas higiénicas o de salubridad*” en los términos del artículo 318 CP, quiere

decir que dicho delito sólo podría perpetrarse en la medida en que exista una persona que padezca una enfermedad transmisible o que ha estado en contacto con quien la sufre, que son los supuestos sobre los cuales ambos preceptos discurren, interpretación extremada estricta y que no se aviene con la aplicación que de ella ha hecho el Ministerio Público hasta al menos abril de 2021.

El artículo 318 CP constituye entonces una ley penal en blanco propia y lo que corresponde analizar es si la forma en que se ha construido este tipo penal en blanco satisface o no la exigencia del principio de tipicidad del inciso final del artículo 19 N° 3° CPR.

La doctrina mayoritaria sostiene que si bien es deseable que la norma de rango legal contenga la descripción completa de la conducta típica sin que sea necesario recurrir a otras para complementarla, ello no siempre es posible, ya que existen ciertos ámbitos de la vida social que son cambiantes y en los que se necesitan que las normas extrapenales que los regulan consten en instrumentos más flexibles que la ley formal, de manera que permitan una mejor adaptación a los requerimientos que se van presentando (por ejemplo, algunas áreas del derecho administrativo o económico). Por ello resulta difícil prescindir por completo de las leyes penales en blanco propias, las que en todo caso deben cumplir determinados requisitos que aseguren el cumplimiento de la función de garantía del tipo penal. Más allá de las variantes que los autores proponen en esta materia, existe un cierto grado de acuerdo en cuanto a que esos requisitos dicen relación con: (i) la necesidad de que el núcleo esencial del comportamiento típico se encuentre suficientemente descrito en la norma legal de modo que los preceptos de rango inferior a la ley constituyan un mero complemento de ese núcleo; (ii) el hecho de que la pena asignada al delito debe constar siempre en la norma de rango legal y no en la complementaria y, (iii) ciertas características que debe reunir la norma de grado inferior y que sirve de complemento a la ley<sup>28</sup>. En este último requisito es donde se puede encontrar mayor divergencia, pero, en sustancia, se trata de que la norma complementaria provenga de una autoridad con potestad en todo el territorio nacional (v. gr., quedaría excluida una ordenanza municipal) y que esa norma complementaria reciba la misma publicidad que la ley, esto es, sea publicada en el Diario Oficial. Con algunos matices y variaciones, el TC ha seguido este criterio a la hora de pronunciarse sobre normas legales en blanco que describen delitos (STC N°s 24-84, 306-00, 468-06; 559-06; 781-07; 1973-11; 2716-14; 2773-15 y 5304-18), mencionados en la sentencia que comento.

---

<sup>28</sup> Un panorama amplio sobre la materia puede verse en CURY (2020). p. 210 y ss

Dicho lo anterior, lo relevante en este análisis es determinar si el artículo 318 CP contiene un núcleo esencial con la determinación suficiente de la conducta típica para satisfacer la función de garantía del tipo penal o si no es así.

En el procedimiento sobre el que recae la sentencia que comento el Ministerio Público señaló que el verbo rector en el artículo 318 CP consiste en *“la prohibición de infringir reglas higiénicas o de salubridad, poniendo con ello en riesgo el bien jurídico protegido por la disposición, esto es, la salud pública.”* Esta posición no puede admitirse. Desde luego, en el tipo del artículo 318 CP la prohibición en cuanto tal no está redactada como verbo, sino como un sustantivo *“por infracción”*, y, por lo tanto, no describe un auténtico comportamiento. Lo que en realidad afirma el Ministerio Público es que a su juicio el núcleo esencial o verbo rector en el artículo 318 CP consiste en infringir las normas higiénicas o de salubridad poniendo con ello en riesgo el bien jurídico protegido (la salud pública), según lo explicitó más tarde el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público en el requerimiento de inaplicabilidad Rol N° 9373-20, cuya sentencia se encuentra pendiente.<sup>29</sup>

El razonamiento es erróneo. Una cosa es el núcleo esencial o verbo rector que debe contener la norma legal y otra distinta es la remisión que en ella se hace a la o a las normas complementarias de instancia legislativa diferente. En el argumento de la Fiscalía se confunden ambos conceptos.

Lo anterior se puede apreciar en otras leyes penales en blanco cuya constitucionalidad parece no discutible. Por ejemplo, el artículo 320 CP (inhumaciones ilegales) describe el núcleo esencial del tipo como practicar o hacer practicar una inhumación y luego remite a las leyes y reglamentos sobre inhumaciones (complementarias), las que deben resultar infringidas con ese comportamiento, de modo que ambas partes (núcleo esencial y remisión al complemento) son perfectamente diferenciables. Del mismo modo, el artículo 322 CP sanciona a quien exhuma o traslada restos humanos (núcleo esencial), contraviniendo los reglamentos y demás disposiciones de sanidad (remisión a la norma complementaria).

El planteamiento del Ministerio Público implica sostener que el núcleo esencial del artículo 318 CP consistiría en infringir la norma complementaria

---

<sup>29</sup> El señor Fiscal Nacional sostuvo en el procedimiento Rol N° 9373-2020 seguido ante el TC: “Luego de ello el precepto indica cuál es el verbo rector del tipo penal, en este caso infringir (infracción de) las reglas higiénicas o de salubridad (poniendo en riesgo la salud pública), posteriormente la propia disposición establece además un requisito relativo a satisfacer el debido conocimiento de las referidas reglas por parte de la ciudadanía, al señalar que estas deben ser debidamente publicadas por la autoridad, para finalmente establecer un contexto especial de aplicación referido a tiempos de catástrofe, epidemia o contagio.”

de rango inferior, lo que se traduce en que la totalidad de la conducta típica quedaría abandonada a la norma complementaria, de modo que la ley en blanco carecería de núcleo esencial y, por lo tanto, sería inconstitucional. El verbo “*infringir*” y sus sinónimos “quebrantar”, “contravenir”, “incumplir”, “transgredir”, “violar”, “conculcar”, “faltar”, “vulnerar”, no pueden satisfacer por sí mismos el estándar relativo al núcleo de la conducta expresado en la norma de rango legal, porque nada dicen acerca de cuál es comportamiento que prohíbe el tipo penal.

Además, el razonamiento del Ministerio Público podría haber tenido cabida bajo el texto del artículo 318 CP antes de su modificación por la ley N° 17.155 (Diario Oficial de 11 de junio de 1969), en que se sancionaba a quien “*infringiere las reglas higiénicas o de salubridad acordadas por la autoridad en tiempo de epidemia o contagio, será castigado con...*” Tal redacción equivalía a sostener que la ley no describía conducta alguna, remitiendo completamente la determinación de ésta a la norma de rango inferior. No cabe ninguna duda que ese texto no cumplía con el estándar que en materia de principio de tipicidad establece el actual inciso final del artículo 19 N° 3° CPR.

La ley N° 17.155 modificó el artículo 318 CP incorporando una referencia a la puesta en peligro de la salud pública a consecuencia de la infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, de modo que, conforme al texto actual, no parece que haya otra alternativa que reconocer el núcleo esencial del tipo en la expresión “*pusiere en peligro la salud pública*”, como por lo demás lo hacen la mayoría de los ministros que emitieron su voto en la sentencia que comento. Otra cosa es que si esa descripción del núcleo esencial satisface o no el principio de tipicidad (legalidad).

La magistrada recurrente sostuvo que el artículo 318 CP es “*una norma penal que no tiene descrita la conducta, pues la expresión “poner en peligro la salud pública” hace referencia al resultado que se produce*”. En el mismo sentido, el ministro señor Pozo señaló: “*el castigo se sustenta en una ausencia de descripción de la conducta sancionada, pues el utilizar la oración “poner en peligro la salud pública”, tiene como contenido un resultado.*” Estas afirmaciones sólo pueden hacerse si se conviene en que el tipo penal del artículo 318 CP es de peligro concreto, de modo que sólo podría perpetrarse si existe un riesgo efectivo de que una persona enferma pueda contagiar a otras (por ejemplo, si alguien afectado por un virus quebranta su cuarentena y toma contacto con otras personas con riesgo de ser contagiadas). El delito del artículo 318 CP no es de peligro concreto, de manera que no puede sostenerse que la expresión “*poner en peligro la salud pública*” tenga como contenido un resultado.

En la actualidad tiende a imponerse la tesis de que el artículo 318 CP describe un delito de idoneidad o de peligro abstracto-concreto, lo que implica que, entre las normas higiénicas o de salubridad complementarias, puede haber algunas cuyo modo de infracción no sea peligroso desde el punto de vista de la protección del bien jurídico (inidónea), y otras que, en el caso concreto, sí lo sean. Sin embargo, el artículo 318 CP no contiene la información suficiente que permita a las personas saber de antemano qué reglas de higiene o de salubridad son aquellas que tienen esa aptitud de producir un daño a la salud pública (cuya infracción produce consecuencias penales) y cuáles no (sancionables únicamente en sede administrativa).

A mi juicio éste es el gran déficit del artículo 318 CP y que compromete el principio de tipicidad. De hecho, la persecución penal que ha llevado adelante el Ministerio Público a propósito del artículo 318 CP hasta al menos abril de 2021 ha sido bajo el entendido de que es típica toda infracción a las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, sin discriminar si se trata de una norma idónea para poner en riesgo la salud pública o si no lo es. Ello ha sido posible únicamente por la amplitud y vaguedad en la descripción de la conducta típica del artículo 318 CP: “*poner en peligro la salud pública*”, que impide que el núcleo esencial cumpla adecuadamente la función comunicativa que debe exigirse tratándose de una ley en blanco.

La expresión “*poner en peligro la salud pública*” no describe ninguna conducta específica que satisfaga las exigencias que se piden al núcleo esencial; sólo alude a una cualidad o característica que debe reunir el comportamiento prohibido o exigido por la regla higiénica o de salubridad complementaria: la aptitud de poner en peligro la salud pública en caso de ser infringida. Por lo tanto, nada dice la norma legal acerca de cuál o cuáles de esos comportamientos son típicos y esto es precisamente lo que el principio de tipicidad o de reserva impide hacer cuando se utiliza la técnica (a veces necesaria) de la ley penal en blanco. El artículo 318 CP es contrario al principio de tipicidad no porque se trate de una ley penal en blanco, sino porque, siéndolo, se ha construido en una forma deficitaria al no contenerse en la norma de rango legal un núcleo esencial de la prohibición en términos precisos.

Como material de comparación nuevamente es útil el caso de los delitos de inhumación y exhumación ilegales. En el primer caso, el artículo 320 CP describe a nivel de verbo rector o núcleo esencial dos conductas: la de practicar o la de hacer practicar una inhumación. De conformidad al Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, el verbo inhumar significa “*enterrar un cadáver*”. Por su parte, el artículo 322 describe dos conductas a

nivel de verbo rector, en donde la primera de ella -“exhumar”- consiste en “desenterrar un cadáver o restos humanos”, en tanto que la segunda -“trasladar un cadáver”- se explica por sí sola. Es claro que, en ambos tipos penales, la ley propiamente tal describe conductas o comportamiento claros y entendibles por cualquier persona: inhumar, exhumar y trasladar un cadáver, en donde la norma complementaria de rango inferior se limita a precisar las condiciones concretas bajo las cuales una inhumación, una exhumación o el traslado de un cadáver son típicos. Esto es precisamente lo que no ocurre en el caso del artículo 318 CP.

De manera que el artículo 318 CP, en principio, no satisface el estándar que exige el principio de tipicidad como expresión del principio de legalidad: *“(iv). Quien, con todo, busque perseverar en aquel rodeo, deberá al menos hacer frente a una plausible objeción de constitucionalidad en sede de legalidad-tipicidad: pues desprovisto el tipo de una fórmula de peligro operativa (y no meramente retórica), no mucho queda fuera de la infracción de reglas preliminarmente de rango infralegal. La objeción de constitucionalidad se salva echando mano a reglas de rango legal (arts. 22 o 25 del Código Sanitario, por ejemplo), pero no son muchas y no son en todo caso las que han estado en el centro de la discusión de quienes abrazan el enfoque micro.”*<sup>30</sup>

Y los artículos 22 y 25 CS no permiten superar los problemas de constitucionalidad del artículo 318 CP. Como he dicho, aquellos preceptos no describen comportamientos de las personas en general, no contienen prohibiciones ni mandatos a los ciudadanos, sus destinatarios son la autoridad sanitaria en el caso del artículo 22 y los directores de los establecimientos educacionales en el del artículo 25, de manera que no pueden constituir el complemento del artículo 318 CP ni ser infringidos como tal por las personas comunes. Y si se piensa lo contrario, querría decir que las únicas hipótesis en que podría perpetrarse el delito serían a propósito del quebrantamiento del aislamiento de una persona diagnosticada como enferma (artículo 22) o de la prohibición que pesa sobre un alumno de asistir a clase si esa persona con síntomas de estar enfermo representa un peligro de contagio de una enfermedad transmisible (artículo 25 CS). Entre quienes han abordado el tema, nadie postula una interpretación tan restringida del artículo 318 CP, pero es la única posible si se admite que los artículos 22 y 25 del CS salvan la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 318 CP.

---

<sup>30</sup> LONDOÑO (2020) p. 25:

Por último, me parece importante señalar que la atendible preocupación manifestada en los cuatro votos disidentes del fallo *in comento* sobre la gravedad de la pandemia que asola al mundo y a nuestro país no es una razón que justifique relajar las exigencias que impone el principio de tipicidad. Este último constituye un pilar fundamental del derecho penal y una garantía para las personas que debe regir a todo evento y ante cualquier circunstancia que afecte a un país o al mundo, por grave que ésta sea. Prueba de ello es que, al decretarse un estado de excepción constitucional, se pueden restringir o suspender determinados derechos constitucionales, pero no el de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 3° CPR) del que forma parte el principio de tipicidad.

#### 4. PROPORCIONALIDAD

Si bien el denominado principio de proporcionalidad reconoce vigencia respecto de las actuaciones de todos los órganos públicos, en materia penal cobra especial importancia como límite al ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado. En primer lugar, es determinante en la labor del legislador acerca de qué comportamientos deben ser constitutivos de delito y, seguidamente, sobre la pena en abstracto que debe asociarse a cada delito y luego la que en concreto aplica el tribunal: Así, el “*principio de proporcionalidad es un elemento determinante de la pena, que obliga al “legislador” y al “tribunal”*. *El legislador, al prescribir la sanción en abstracto y de manera general, considera la naturaleza del bien jurídico, la agresión de la cual lo protege y la transcendencia social del delito*”<sup>31</sup>.

Aunque no tiene una consagración expresa en la CPR, se ha entendido que al menos tres normas o grupos de normas constitucionales lo subsumen: los artículos 6° y 7°, en cuanto impiden a los órganos del Estado actuar arbitrariamente; el artículo 19 N° 2°, que prohíbe a la ley establecer diferencias arbitrarias; y el artículo 19 N° 26°, que garantiza el respeto por el contenido esencial de los derechos constitucionales<sup>32 33</sup>.

<sup>31</sup> GARRIDO MONTT, T. I (2001): óp. cit., p. 50.

<sup>32</sup> FUENTES CUBILLOS (2008), p. 28. Hernán: “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, Revista Ius et Praxis - AÑO 14 - N° 2, p. 28.

<sup>33</sup> “...quizá el precepto constitucional más cercano al principio de proporcionalidad, que incluso podemos considerar como su concreta consagración en nuestra Norma Fundamental, se encuentra en la prohibición de diferencias arbitrarias contenida en el inc. 2° del art. 19 de la CPR19.” (FERNÁNDEZ CRUZ (2010) p. 56):

El principio de legalidad “*aludiría a una relación entre la pena prevista y el fin perseguido por la norma*”<sup>34</sup>, y en tal sentido se le denomina proporcionalidad en sentido lato o amplio. Está conformado por tres juicios o subprincipios: el de idoneidad o aptitud, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto de manera que, si no se satisface uno cualquiera de ellos, la norma deviene en desproporcionada.

Conforme al juicio de idoneidad, no basta identificar la existencia de un bien jurídico o interés relevante y que merezcan protección penal; es necesario comprobar que la pena asociada a él sea idónea para concretar el fin de protección que persigue la norma. Se trata de una adecuación instrumental (idoneidad cualitativa) entre la sanción y el fin que pretende la norma (la protección del bien jurídico).

El subprincipio de necesidad se relaciona con el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal (*ultima ratio*). “*El juicio de necesidad requiere acreditar que no exista otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva. Estamos ante una manifestación tanto de la racionalidad ética fundamentada en el principio del daño, es decir, que la restricción de los derechos fundamentales sea lo más moderada posible; como también de la racionalidad instrumental, ya que debe ser avalada empíricamente con otras medidas igualmente idóneas.*”<sup>35</sup>. En el juicio de necesidad se compara la eficacia de una norma penal con una norma hipotética.

Y en la proporcionalidad interna o en sentido estricto se compara (se pondera) la entidad del hecho descrito en la norma con la entidad de la sanción penal asignada (proporcionalidad entre comportamiento y sanción). Se trata de un subprincipio utilitarista que relaciona los costos y beneficios globales en términos de la libertad de una norma penal, esto es, se ponderan la libertad o derechos individuales que sacrifica la intervención penal con los beneficios sociales que se obtengan de ésta “*en términos de mayores márgenes de utilidad social que se deriven de su aplicación*”<sup>36</sup>. En este sentido, la “*arbitrariedad del poder político se puede manifestar de dos formas: cuando se prevén o adoptan sanciones cuya gravedad no está en consonancia con la gravedad de lo que las motiva en un análisis comparativo con otras sanciones; pero también cabe afirmar que estamos ante una medida arbitraria cuando en sí misma –sin necesidad de realizar un juicio comparativo– se limitan los derechos fundamentales. La primera concepción se asemeja al contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio*”

<sup>34</sup> GUEREZ TRICARICO (2001-2002), p. 16.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ CRUZ (2010), p. 82.

<sup>36</sup> GUEREZ TRICARICO (2001-2002), p.74.

*(idoneidad, necesidad y ponderación); y el segundo, a la legitimidad constitucional de la medida o injerencia que en el principio de proporcionalidad constituye un presupuesto previo*".<sup>37</sup>

En los juicios de idoneidad y necesidad el fin perseguido por la intervención estatal constituye un presupuesto de ellos en tanto que, en la proporcionalidad interna, el objetivo es un elemento esencial de ese juicio, pues en él la relevancia del fin perseguido debe ser ponderada con la relevancia del perjuicio que se causa a la libertad de las personas en razón de la intromisión que en ella se hace.<sup>38</sup>

La infracción al juicio de proporcionalidad interna trae como consecuencia que el proceder de la autoridad sea arbitrario en los términos de los artículos 6° y 7° CPR.

Frente a un caso concreto como el que analiza la sentencia del TCI, es posible encontrar divergencia entre los jueces a la hora de apreciar si la norma cuya aplicación se pretende satisface o no cada uno de los juicios que conforman el principio de proporcionalidad. Ello se debe a que se trata de juicios de valor, en que influyen factores culturales, concepciones religiosas y diversas maneras de percibir las cosas, entre otros factores. Así lo demuestra el hecho de que en este fallo tres de los ministros de la mayoría consideraron que al menos una parte del artículo 318 CP compromete el principio de proporcionalidad, en tanto que los cuatro ministros disidentes manifestaron su opinión contraria (dos ministros del voto de mayoría no consideraron la cuestión de la proporcionalidad).

En mi opinión hay que considerar primeramente cuál es la naturaleza del peligro que exige el artículo 318 CP. Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, no es lo mismo entender que el delito se ha construido bajo la forma de un delito de peligro abstracto que se le conciba como uno de idoneidad o aptitud. Bajo el primer concepto, es posible afirmar desde ya que resulta desproporcionado imponer una pena penal -especialmente si es privativa de libertad- frente a la mera desobediencia de una norma sanitaria, sin importar si el comportamiento es apto o no para generar un peligro a la salud pública, aunque ello ocurra en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio. Es contrario al principio de proporcionalidad sancionar penalmente cualquier infracción de una norma sanitaria, por el sólo hecho de que la ley presuma que ello importa un peligro para la salud pública. Aceptarlo, a lo menos desde un punto de vista conceptual, implica que la infracción a cualquier regla de higiene o salubridad que deba regir en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, debería conllevar la imposición de una pena

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ CRUZ (2010), p. 56.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ CRUZ (2010), pp. 84-85

penal, lo que resulta excesivo. Se podría alegar en contrario señalando que la contravención a determinadas normas sanitarias, según la forma del comportamiento infractor, sí puede tener una aptitud lesiva hacia la salud pública, pero ello queda fuera del ámbito de los delitos de peligro abstracto.

En cambio, si se entiende que el artículo 318 CP describe un delito de peligro abstracto-concreto (de peligro hipotético), es necesario avanzar en algunas precisiones para elucidar la cuestión de la proporcionalidad.

Circunscrita la cuestión a un delito de aptitud o idoneidad (peligro hipotético) hay que considerar como segunda cuestión que el artículo 318 CP, a diferencia de la gran mayoría de los tipos penales, tiene una aplicación acotada en el tiempo, ya que únicamente se aplica “*en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio*”, y no en un estado normal de la situación sanitaria en el país o en una parte de éste. No cabe duda de que la protección del bien jurídico salud pública durante un estado de propagación de una enfermedad puede tener requerimientos distintos de aquellos que se derivan de una situación de normalidad. Pero de ello no se deriva necesariamente que esa protección deba hacerse bajo la forma de un delito penal y no bajo una sanción puramente administrativa, de manera que la decisión legislativa que subyace en la figura del artículo 318 CP y la pena específica que a ese comportamiento asigna la ley requieren de una justificación desde el punto de vista de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación).

Por lo tanto, un comportamiento infractor a las reglas de higiene y salubridad (idóneo para afectar la salud pública) sólo tiene relevancia típica si se produce en un estado anormal sanitario (catástrofe, epidemia o contagio), lo que restringe de manera importante el tipo penal. Con todo, ello no es suficiente para justificar la imposición de cualquier pena penal a la luz de los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Hasta antes de la ley N° 21.240, las penas del delito del artículo 318 CP eran presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales. La referida ley aumentó la pena a presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales. En principio, cuando la ley penal asigna a un delito penas alternativas, es decir, otorgando al juez la facultad discrecional de optar por una u otra, es porque se valora en términos equivalentes a ambas sanciones desde el punto de vista de la intensidad de la afectación de los derechos del condenado. No podría ser de otra manera desde el momento en que se asigna esas sanciones a un mismo hecho y, en principio, al legislador le es indiferente la imposición de cualquiera de las ellas, puesto que no existen reglas en el CP que obliguen u orienten al tribunal en su decisión, salvo en este último caso la mayor o menor extensión

del mal ocasionado por el delito y el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, conforme al artículo 69 CP.

De otro lado, por regla general, tratándose de simples delitos, el CPI consulta la multa como pena alternativa de una privativa de libertad cuando esta última no excede de presidio o reclusión en sus grados mínimos. Así ocurre en el caso de los delitos previstos en los artículos 90 N<sup>os</sup> 5° y 6°, 143, 144<sup>39</sup>, 158, 170, 178, 189, 243 inciso 2°, 272, 278, 288, 288 bis, 317 inciso 2°, 374, 399, 406 inciso 2°, 471, 487, 490, 491 y 492. Además, hay casos en que el CP considera la multa como pena alternativa a la de prisión, como ocurre en los delitos (faltas) previstos en los artículos 212 y 403 bis. El CP también establece la pena de multa como alternativa a la de suspensión de cargo o empleo (artículo 225). En cambio, sin contar con la figura del artículo 318 CP, los delitos del CP en que la multa es pena alternativa a presidio o reclusión menores en sus grados medios e, incluso, a sus grados máximos, son los establecidos en los artículos 225, 230, 246, 252, 262 y 284, es decir, un número significativamente menor a aquellos en que la pena privativa de libertad asignada como alternativa a la de multa en la ley no excede de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos (18 delitos en el primer caso y sólo siete en el segundo).

Por lo tanto, en principio, es posible sostener que el legislador del CPI ha estimado que una pena privativa de libertad, cuando es alternativa a una de multa, no debería exceder de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos, como ocurre en la mayoría de los casos. Pero la afirmación no es concluyente porque, en primer lugar, hay casos en menor cantidad en que el CP consigna penas privativas de libertad superiores (de simple delito) como alternativa a la de multa, y, en segundo término, porque la ley N° 21.240 elevó ambas penas alternativas, de modo que la determinación de la equivalencia debe hacerse entre las penas aumentadas, como hoy lo están.

De otro lado, el artículo 178 CS establece que las infracciones a las normas del CS, de sus reglamentos y de las resoluciones los directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile deben ser sancionados administrativamente con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales, pudiendo aplicarse el doble de

---

<sup>39</sup> En el delito de violación de morada (artículo 144 CP), la pena asignada por la ley al autor es reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias, y si el hecho se perpetra con violencia o intimidación se faculta aumentarla a reclusión menor hasta en su grado medio y la multa hasta quince sueldos vitales. Aunque la redacción en el caso de la figura calificada no es del todo clara (la conjunción y podría entenderse que las penas pasarían a ser copulativas), en mi opinión se trataría de un aumento para cada pena, de modo que éstas conservarían la condición de alternativas. Si esta interpretación es la correcta, se trataría de una excepción a la regla general ya que la multa sería pena alternativa de la de reclusión hasta en su grado medio.

dicha multa en caso de reincidencia. De esta forma, las infracciones a “*las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad*” a que se refiere el artículo 318 CP, o, al menos una parte relevante de ellas, pueden ser también sancionadas administrativamente con multa, de acuerdo al artículo 178 CS.

En el marco de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cabe entonces preguntarse si salud pública como bien jurídico se encuentra suficientemente resguardada por la sanción administrativa o si se requiere además de la intervención penal. Si la respuesta a esta cuestión es que la multa administrativa es suficiente garantía de protección de la salud pública, las penas penales previstas en el artículo 318 CP serían innecesarias y desproporcionadas.

En el fallo que comento, los ministros señores Aróstica y Vásquez destacaron que la ley N° 20.724, siguiendo el criterio de la sentencia del TC Rol N° 1518-09, derogó el artículo 169 CS que preveía, en caso de no pago de la multa sanitaria, la imposición -por vía de sustitución y apremio- de un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda la multa (conforme al inciso 2° del artículo 174 CS, el cobro de multa debe hacerse hoy en un procedimiento civil ejecutivo). Por lo tanto, es posible sostener que, en la actualidad, en sede administrativa sanitaria, las infracciones a la normativa respectiva no tienen consecuencias que puedan traducirse en la privación de libertad. Lo anterior contrasta con el tratamiento que hoy da al no pago de la multa penal el artículo 49 CP, ya que en ese caso la sustitución se hace por la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y sólo si el condenado no presta su autorización para realizar los trabajos, debe sufrir por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.<sup>40</sup>

De esta manera, es posible afirmar que, frente a un comportamiento que infringe las reglas higiénicas y de salubridad en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio, el ordenamiento jurídico ha previsto la imposición de una multa en sede administrativa y de una pena de multa (como alternativa de una privativa de libertad) en sede penal, pero las consecuencias del no pago de la multa en uno y otro caso son, en principio, diferentes. En lo administrativo, no se transforma en la aplicación de un apremio que prive al

---

<sup>40</sup> Antes de la ley N° 20.587 (Diario Oficial de 8 de junio de 2012), el inciso primero del artículo 49 CP establecía que “Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitución o apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.”.

condenado de su libertad de desplazamiento y, en lo penal, sí puede llegar a imponerse una medida de privación de libertad, en la medida en que el condenado no acceda a realizar trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, el tratamiento penal es más gravoso que el previsto por el CS en caso de no pagarse la multa administrativa.

Otra forma de ver el problema es desde la óptica del denominado principio (regla) *ne bis in idem*, entendido en su sentido restringido, esto es, en los casos en que un mismo hecho perpetrado por una persona esté sancionado con multa o inhabilitación de derechos en sede penal y en lo administrativo, debe imputarse a la pena de multa o inhabilitación la que se haya impuesto y cumplido en sede administrativa, o viceversa, si esta última se aplicó con posterioridad. La cuestión del *ne bis in idem* excede con mucho el ámbito del presente comentario, pero su consideración en forma acotada puede arrojar algunas luces en la solución del problema. Esta regla de imputación se basa en la idea de que la doble aplicación de una multa (en el ámbito penal y en el administrativo) por un mismo hecho afecta en forma desproporcionada el patrimonio del condenado y por eso, debe efectuarse la imputación de la multa impuesta y pagada primeramente a aquélla que se pretenda imponer con posterioridad. Lo mismo cabe decir respecto de la pena de inhabilitación y los derechos que ella afecta.

Puede suponerse un caso en que una persona infringe una regla sanitaria en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio y es condenado administrativamente al pago de una multa y se pretende además imponer por ese mismo hecho en sede penal la multa prevista en el artículo 318 CP. Supóngase también que la cuantía de la multa administrativa impuesta a la persona es igual o mayor a la pena de multa que intenta aplicar el juez (de hecho, el límite inferior de ésta es menor a la multa del artículo 318 CP pero el límite superior de la multa administrativa es cinco veces mayor que el de la penal). La consecuencia de la aplicación de la regla *ne bis in idem* es que en ese ejemplo la sentencia condenatoria se entendería íntegramente cumplida. Pero cabe preguntarse: ¿podría el juez penal optar en ese caso por la pena privativa de libertad y no por la multa? La cuestión es compleja porque de ser así, en la práctica se estaría imponiendo la pena privativa de libertad no como alternativa, sino en forma copulativa de una multa aplicada administrativamente, pero equivalente a una multa penal desde el punto de vista de la afectación de los derechos del condenado (de otra manera no procedería la imputación). El artículo 318 CP -al establecer penas alternativas- permite al juez optar discrecionalmente entre una sanción que afecte el patrimonio del condenado o bien una que limite su libertad de desplazamiento y, en el ejemplo propuesto, tratándose de

un mismo hecho, se estaría afectando en la práctica tanto el patrimonio, como la libertad del sujeto.

Entonces, en el caso propuesto, imponer una pena privativa de libertad y una multa administrativa por la autoridad correspondiente podría considerarse desproporcionado<sup>41</sup>.

El argumento no es definitivo porque en el mismo ejemplo, podría la autoridad administrativa no llegar a perseguir y sancionar el hecho o hacerlo, pero mediante la imposición de una multa administrativa inferior al mínimo de la multa del artículo 318 CP (con un remanente a cumplir en este último caso), lo que hace más complejo observar una violación al principio de proporcionalidad.

En cambio, no me parece convincente el argumento histórico de los ministros señores Aróstica y Vásquez. Relativo a que el artículo 318 CP tenga como antecedente un delito constitutivo de falta en el Código Penal español de 1848 (artículo 485 N° 6). Primeramente, porque la norma del Código Penal español también consideraba para esa falta penas alternativas, una de carácter patrimonial y otra privativa de libertad de corta duración y, en segundo lugar, porque el legislador de nuestro CPI pudo tener una consideración distinta acerca de la gravedad de esta clase de infracciones y estimar que debe tratarse de un simple delito y no de una falta, lo cual está dentro de sus atribuciones.

Por último, una eventual falta de eficacia de la autoridad sanitaria para perseguir y obtener el cobro de las multas administrativas no puede justificar la mantención de la pena del artículo 318 CP. Ese déficit administrativo no puede suplirse con cargo a las penas penales.

Como puede apreciarse, ninguno de los razonamientos expuestos es concluyente para validar o desestimar las penas del artículo 318 CP desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Se trata de un juicio eminentemente valorativo sobre el cual puede haber legítimas discrepancias. Con todo y considerando los argumentos expuestos, me parece que es posible hacer las siguientes consideraciones:

- i. Es contrario al principio de proporcionalidad imponer las penas del artículo 318 CP a cualquier infracción a reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de

---

<sup>41</sup> En realidad, este efecto de la regla *ne bis in idem* se produce cada vez que la ley penal establezca para un delito una pena de multa como alternativa de una pena de otra naturaleza y siempre que la multa administrativa impuesta sea igual o mayor que la penal. No ocurre lo mismo si la multa se considera como pena copulativa de otra.

- catástrofe, epidemia o contagio, es decir, bajo el supuesto de que se trata de un delito de peligro abstracto (sin que importe si se trata o no de un comportamiento peligroso).
- ii. Si se entiende que es un delito de peligro abstracto-concreto, en términos generales, la sanción administrativa de multa prevista en el CS es idónea y suficiente para la salvaguarda de la salud pública en cuanto bien jurídico, incluso en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio.
  - iii. Por consiguiente, en principio, las penas del artículo 318 CP son desproporcionadas para sancionar esta clase de conductas, especialmente si se considera que la multa que se imponga en sede sanitaria debe ser imputada a la penal, y, en tal caso, no se justifica aplicar al condenado la pena privativa de libertad, ya que desde el punto de vista de la afectación de sus derechos ésta se estaría imponiendo como pena copulativa y no como alternativa.
  - iv. Pueden existir algunos comportamientos particularmente peligrosos, en los que la sanción administrativa sea insuficiente para la debida salvaguarda del bien jurídico, de modo que la pena penal se justifique desde el punto de vista de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Son fundamentalmente casos en que la conducta conlleva un contagio o un riesgo efectivo de contagio, o bien otros comportamientos análogos desde el punto de vista de la protección de la vida y la salud de las personas. Claro está que en ese caso no se trataría de la protección de la salud pública en los términos definidos, sino de la vida y salud individual de personas.
  - v. Sin embargo, esas hipótesis están hoy cubiertas por el tipo penal del artículo 318 bis CP, de modo que será esa figura la que comprenda dichos comportamientos y no la del artículo 318 CP. Es posible pensar entonces prescindir del tipo penal del artículo 318 CP y en su lugar modificar el artículo 318 bis CP para superar algunos cuestionamientos técnicos que su texto ofrece y, eventualmente, incorporar en el tipo otros comportamientos que sean asimilables al contagio efectivo.
  - vi. Ello es sin perjuicio de que debe aplicarse la regla del *bis in idem* a la pena de multa del artículo 318 bis CP de manera que se satisfaga el principio de proporcionalidad.
  - vii. En este último caso subsiste la cuestión de si -impuesta en sede administrativa al condenado una multa igual o superior a la del artículo 318 bis CP- puede el juez penal optar por la pena privativa de libertad. Una solución posible es suprimir en este último precepto la pena de multa o la privativa de libertad o bien eliminarlas como penas alternativas y dejándolas derechamente como copulativas atendida la

gravedad que el comportamiento descrito en el artículo 318 CP representa. Si fuere este último el caso, parece atendible analizar una eventual disminución de la pena privativa de libertad (por ejemplo, presidio menor en su grado medio).

## 5. CONCLUSIONES

El bien jurídico protegido en el artículo 318 CP es la salud pública, entendido no como la salud de personas determinadas sino como “*la salud individual de un grupo indeterminadamente grande personas*”.

El artículo 318 CP no describe un delito de peligro concreto, sino uno de peligro abstracto-concreto (de idoneidad o aptitud o de peligro hipotético), esto es, tipos penales que describen conductas que son peligrosas desde la perspectiva de la protección del bien jurídico (a diferencia de los delitos de peligro abstracto en sentido tradicional en que la ley presume *iure et de iure* un peligro por la realización de un determinado comportamiento).

El artículo 318 CP está construido como una ley penal en blanco propia, ya que su complemento está contenido fundamentalmente en normas dictadas en sede administrativa: las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.

La forma en que ha sido redactado el artículo 318 CP compromete seriamente el principio de tipicidad (legalidad), de modo que puede estimarse contrario al inciso final del artículo 19 N° 3° CPR.

Lo anterior, porque el artículo 318 CP no describe adecuadamente el núcleo esencial del tipo penal. Desde luego, no puede consistir en la infracción a las reglas higiénicas o de salubridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, porque ello equivaldría a que la ley delegue íntegramente en la instancia administrativa inferior la descripción del comportamiento prohibido. La única alternativa posible es entender que el núcleo esencial del delito se encontraría en la frase “*pusiere en peligro la salud pública*”, pero, de ser así y dada la amplitud, generalidad e imprecisión de esa descripción, el núcleo esencial no satisfaría los fines comunicativos que de él se exigen conforme al principio de tipicidad.

Es posible sostener, en principio, que frente las infracciones a las reglas higiénicas o de salubridad, la salud pública se encuentra debidamente resguardada con la imposición de la multa administrativa prevista en el artículo 174° CS. Por lo tanto, en términos generales, la pretensión de imponer al infractor,

además, una pena penal al tenor del artículo 318 CP (y sin perjuicio de la imputación que proceda de acuerdo a la regla *ne bis in ídem*) es contraria al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, a la CPR.

Con todo, es posible que la multa administrativa sea insuficiente tratándose de ciertos comportamientos graves, que importan contagio o riesgo efectivo de contagio de una enfermedad. En esos casos no cabe afirmar una violación al principio de proporcionalidad, pero se trataría de conductas sancionables con arreglo al actual artículo 318 bis CP y no del artículo 318 CP que, por las razones expuestas, parece innecesario mantener.

De seguirse esa línea, deberían también revisarse las penas del artículo 318 bis CP, suprimiendo la pecuniaria o bien la privativa de libertad. Incluso, es también posible mantenerlas, pero como penas copulativas que se justifican por la relevancia de los comportamientos allí descritos para la adecuada protección del bien jurídico. En este último caso y dado que las penas pasarían a ser copulativas, parece razonable considerar que la pena privativa de libertad sea menor a la consulta actualmente la norma.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CURY, Enrique (2020): “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”. Ediciones UC. Undécima edición revisada, actualizada y con notas de Feller, Claudio y Santibañez, María Elena. Santiago.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998): “Derecho Penal. Parte Especial”. IV, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel (2010): “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?”, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Estudios Año 17 - N° 1.
- FUENTES CUBILLOS, Hernán (2008): “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, en Revista Ius et Praxis - AÑO 14 - N° 2.
- GARRIDO MONTT, Mario: “Derecho Penal. Parte General. Tomo I”. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Santiago, 2001.

- GUEREZ TRICARICO, Pablo: “Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Versión revisada de una ponencia presentada para su discusión en el Curso de Doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid ‘Derecho Penal y Constitución’, en el curso académico 2001-2002. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1416657>
- LONDOÑO, Fernando: Comentario previo al § 14 de delitos contra la salud pública, en: Couso, Jaime et al (Couso – Hernández, dirs.), Código penal comentado. Parte especial: Libro Segundo. Título VI (arts. 261 a 341). Doctrina y Jurisprudencia, Thomson Reuters, Santiago, 2019.
- LONDOÑO, Fernando (2020): “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena?” Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis CPI (nueva ley N° 21.240): más micro que macro”.
- MALDONADO, FRANCISCO (2006), “Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal”, en Revista de Estudios de la Justicia – N° 7 – pp. 23 a 63.
- MEZGER, Edmundo (1995): “Tratado de Derecho Penal”, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2016): “Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en: Cárdenas aravena, Claudia; Ferdman Niedmann, Jorge (coords.), El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy, Santiago: Editorial Thomson Reuters, pp. 149-188,
- VIVEROS, Miguel (2020): “Sobre la salud pública y la infracción de la cuarentena” publicado en El Mercurio Legal, edición de 20 de junio de 2020. Disponible en <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908609&Path=/0D/DD/>