



0000001
UNO



Requiere: PABLO ALBERTO QUEZADA ALVEAR.
Norma Impugnada: artículo 318 del Código Penal
Norma Sanitaria de complemento: Resolución Exenta N° 202 de fecha 22 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud.
RUC: 2000459070-9
RIT: 1023-2020
Tribunal: Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, bajo el ROL 275-2020-PENAL.
Gestión Pendiente: Vista del recurso de nulidad del Ministerio Público.
Imputado Privado de Libertad: No.
Imputado Adolescente: No.
Tipo de Procedimiento: Simplificado.
Penas Solicitadas: 540 días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y condenas en costas.
Hecho Único: Sí.
Defensor/a Titular: Mauricio Martínez Peralta y Cristián Cajas Silva.

EN LO PRINCIPAL: REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. **PRIMER OTROSI:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **SEGUNDO OTROSI:** SOLICITA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO. **TERCER OTROSI:** ACREDITA PERSONERÍA. **CUARTO OTROSI:** SEÑALA FORMA DE NOTIFICACIÓN.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CLAUDIO FIERRO MORALES; MARCELA BUSTOS LEIVA; JAVIER RUIZ QUEZADA y; SEBASTIÁN UNDURRAGA DEL RÍO, abogados de la Unidad de Corte Suprema y Tribunal Constitucional de la Defensoría Nacional, todos domiciliados para estos efectos en Alameda Bernardo O'Higgins 1449, piso 8, Santiago, actuando en representación según se acreditará de don PABLO ALBERTO QUEZADA ALVEAR, cédula nacional de identidad N° 19306851-0, para estos efectos del mismo domicilio, a VS. Excma., con respeto decimos:

Que, en la representación que nos inviste y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, interponemos requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en contra del **artículo 318 del Código Penal**, por cuanto la aplicación concreta de este precepto legal en el proceso penal RUC 2000459070-9, RIT 1023-2020, del Juzgado de Garantía de Coyhaique, seguido actualmente ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, bajo el ROL 275-2020-PENAL, por supuesta infracción al precepto legal señalado,

infringe los artículos 19 N° 2 inciso segundo y N° 3 incisos primero, sexto, octavo y noveno de la Constitución Política de la República.

I.- SÍNTESIS DE LA GESTIÓN PENDIENTE EN QUE INCIDE EL PRESENTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

En la causa RUC 2000459070-9, RIT 1023-2020, del Juzgado de Garantía de Coyhaique, el Ministerio Público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria del día 10 de septiembre de 2020, ingresando a la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique bajo el ROL 275-2020-PENAL.

Que en el proceso antes indicado inició en audiencia de control detención del día 07 de mayo de 2020, oportunidad en la cual el Ministerio Público formalizó a nuestro representado, por el presunto delito de infracción de las reglas de salubridad pública, prevista en el artículo 318 del Código Penal, y la falta del artículo 50 de la Ley 20.000, ambos ilícitos en calidad de autor ejecutor, en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal y en grado de desarrollo consumado.

Con fecha 06 de agosto de 2020, el Ministerio Público formula requerimiento en procedimiento simplificado en los mismos términos legales antes descritos.

Los hechos contenidos en el requerimiento a procedimiento simplificado son los siguientes: "Habiendo sido decretado por el Presidente de la República el día 18 de Marzo de 2020, el estado constitucional de catástrofe a nivel nacional por el brote y desarrollo de la enfermedad infecto-contagiosa conocida como COVID-19, que fue prorrogado con fecha 16 de junio de 2020 y habiendo sido decretado a su vez por el Ministerio de Salud mediante resolución exenta N° 202 de fecha 22 de Marzo de 2020, una medida de aislamiento sanitario por horas a nivel nacional entre las 22:00 hrs. y las 05:00 A.M. de cada día, con la finalidad de evitar el riesgo de propagación de la referida enfermedad, debiendo permanecer los habitantes de la República en su domicilio en la franja horaria indicada, medidas que fueron debidamente publicadas en el diario oficial, no obstante ello, el imputado PABLO ALBERTO QUEZADA ALVEAR, con fecha 06 de mayo de 2020, infringió la medida de aislamiento sanitario, siendo sorprendido por funcionarios del ejercito cuando transitaba por calle Victoria, de la comuna de Coyhaique, a las 23:40 horas aproximadamente, sin portar salvoconducto ni permiso para ello, para luego ser entregados a funcionarios de carabineros.

En los momentos de ser entregado el requerido a carabineros, se procedió a efectuarle una revisión superficial de sus vestimentas encontrando en el bolsillo izquierdo de su pantalón, un guante quirúrgico, en el cual contenía una sustancia vegetal, que fue sometida a la prueba de campo Cannabis - Spray 1 y 2, arrojó coloración positiva ante la presencia de T.H.C., con un peso bruto de 6 gramos 62 miligramos de marihuana”.

El tribunal fijó audiencia de procedimiento simplificado para el día 09 de septiembre de 2020. En dicha audiencia nuestro representado aceptó responsabilidad y el tribunal dictó sentencia definitiva, en la cual lo condenó como autor de la falta del artículo 50 de la Ley 20.000, en grado de desarrollo consumado, y le impuso pena de multa de UNA UNIDAD TRIBUTARIA MENSUAL; y además descartó la aplicación del delito de infracción de las reglas de salubridad pública, prevista en el artículo 318 del Código Penal, y en cambio lo condenó como autor de la falta prevista y sancionada en el artículo 495 N° 1 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado, y le impuso pena de multa de UNA UNIDAD TRIBUTARIA MENSUAL.

En razón de esto último es que el Ministerio Público interpone recurso de nulidad el día 10 de septiembre de 2020, y los autos fueron ingresados en la Iltrta. Corte de Apelaciones de Coyhaique, quien mediante resolución de fecha 22 de septiembre de 2020 lo declaró admisible y está pendiente su vista y fallo.

II.-PRECEPTO LEGAL CUYA INAPLICABILIDAD SE SOLICITA

El precepto legal cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se pide declarar es el artículo 318 del Código Penal (en adelante CP) que señala:

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

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

En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del

Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado”.

Este precepto es de rango legal, para los efectos del requisito previsto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y en el artículo 84 N° 4 de la Ley N° 17.997, Ley Orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

III.- CARÁCTER DECISIVO DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA

En la gestión pendiente en que incide el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es muy probable que el precepto legal impugnado sea aplicado. En efecto, nuestro representado fue REQUERIDOS por el presunto delito previsto y sancionado en el artículo 318 del Código Penal. Actualmente, se encuentra pendiente RECURSO DE NULIDAD. De este modo, en caso de ser acogido el recurso pendiente, será anulado el juicio oral y la sentencia definitiva, de manera que nuestro representado podrá ser condenado como autor del precepto legal impugnado.

IV.- EXISTENCIA DE UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL

La gestión en que incide el presente requerimiento corresponde al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, radicado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Coyhaique, bajo el ROL 275-2020-PENAL, seguido en contra del Sr. PABLO ALBERTO QUEZADA ALVEAR, en el que se encuentra pendiente la vista y fallo del presente recurso.

V.- EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO NO HA SIDO DECLARADO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SEA EJERCIENDO EL CONTROL PREVENTIVO O CONOCIENDO DE UN REQUERIMIENTO.

VI.- FUNDAMENTO PLAUSIBLE

NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SERÁN INFRINGIDAS POR LA APLICACIÓN EN EL CASO CONCRETO DEL ART. 318 DEL CP.

1.1.- Normas constitucionales que consagran el principio de legalidad y de tipicidad:

Artículo 19 N° 3 incisos octavo y noveno (final) de la Constitución Política de la República:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

1.2.- Normas constitucionales que consagran el principio de igualdad ante la ley, el debido proceso y el Principio de proporcionalidad de las penas:

Artículo 19 N° 2 inciso segundo de la Constitución Política de la República:
“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Artículo 19 N° 3 inciso primero de la Constitución Política de la República:
[La Constitución asegura a todas las personas ...] 3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República:
“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

2.1. FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA EN EL CASO CONCRETO INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SEÑALADAS, INFRINGIENDO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD:

Desde que Feuerbach acuñó la expresión *nullum crimen, nulla poena sine lege* en el Siglo XIX, esta se ha descompuesto en cuatro manifestaciones diversas del principio de legalidad, que se alzan como garantías para los ciudadanos, especialmente cuando estos revisten la calidad de imputados, tal como se extrae del artículo 7° del Código Procesal Penal.

Así, desde la primera actuación de un procedimiento penal, hasta la completa ejecución de la sentencia, se establecen como límites a las actuaciones del Estado, las

garantías constitucionalmente reconocidas de los imputados, donde se comprenden aquellas derivadas del principio de legalidad: (1) principio de irretroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), (2) prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); (3) principio de certeza o de "máxima taxatividad legal" (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); y (4) el principio de reserva legal, (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

La doctrina especializada ha sostenido que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal, es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva.¹ Frente a esto, el principio de legalidad, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.²

Tradicionalmente la doctrina ha rotulado ambas garantías como principio de legalidad (ley es única fuente de delitos y penas), el cual es precisado por el principio de tipicidad (necesidad de que conducta sancionada esté descrita con precisión y especificidad).³

Resulta útil acudir a la discusión suscitada en la doctrina respecto de las denominadas leyes penales en blanco, ya que como bien señala el profesor Cury constituyen una relajación del principio de legalidad porque son "*aquellas que determinan la sanción y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta*".⁴

Por su parte, sabida es la distinción entre leyes penales en blanco propias e impropias, entendidas las primeras como aquellas que se remiten para la descripción de la conducta punible, a normas de inferior jerarquía que la ley, por lo general, a disposiciones de carácter administrativo, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus organismos dependientes.⁵ Lo relevante de la clasificación se encuentra en la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias.

Ahora bien, tal como V.S.E. ha indicado, bajo dicha clasificación, "la Constitución Política de la República ha tolerado siempre que sean impropias o de

¹ ROXIN, Claus, Derecho Penal Parte General. P.136

² *Ibíd.*

³ Vargas, Tatiana (2013): "Manual de derecho penal práctico. Teoría del delito con casos", Legal Publishing Chile. 3° edición actualizada. Pp. 4-5

⁴ CURY, Enrique (2005): "Derecho Penal. Parte General", Ediciones Universidad Católica de Chile, 8° edición ampliada, p.174.

⁵ ETCHEBERRY, Alfredo (1999): "Derecho Penal. Parte General" Editorial Jurídica de Chile, Tomo 1, p. 85

reenvío, esto es, aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona” (STC rol n°2758, c.12). Pero, por otro lado, son “contrarias a la Constitución las llamadas leyes penales en blanco propias o abiertas, esto es, **aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella**, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez” (STC rol n°1011, c.4).

De esta manera, resulta necesaria la existencia previa de la delimitación de las conductas prohibidas, así como de las amenazas penales que su verificación ha de comportar” (STC 2744. C. 29). A continuación, en el mismo pronunciamiento el tribunal precisa que: “el principio de taxatividad o legalidad penal en sentido estricto exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano, dónde comienza el Derecho Penal. [...] descripción que no se adecúa a la conducta descrita por el legislador como correspondiente al mandato constitucional de configurar una figura delictiva de forma certera, precisa y suficiente para evitar la vulneración del principio de taxatividad” (STC 2744 C. 30)

Así las cosas, es evidente que el artículo 318 del Código Penal deja el núcleo de la conducta abandonado a una regla infralegal al no indicar el tipo penal los datos que nos permitan desprender de su sola lectura los elementos de la tipicidad objetiva y subjetiva que se sanciona. Por ello, el profesor Cury destaca la incompatibilidad de esta clase de leyes con el principio *nulla poena* al cesar de cumplir la función de garantía en que radica su fundamento ya que el principio de reserva legal tiene por objeto primordial asegurar que los ciudadanos sepan, con tanta precisión y claridad como sea posible, cuáles son las conductas cuya ejecución u omisión, según sea el caso, trae aparejada la imposición de una pena.⁶

Al señalar el artículo 318 del Código Penal que “*el que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio...*”, se está dejando claramente el núcleo esencial de la conducta a una norma de rango infralegal que

⁶ CURY, Enrique (2005): “Derecho Penal. Parte General”, Ediciones Universidad Católica de Chile, 8° edición ampliada, p.175

dudosamente puede ser entendida desde su nacimiento como una que cumpla con los estándares de publicidad y conocimiento que permitan a la persona media saber con relativa certeza de su existencia y conducta prohibida que contiene.

Por lo tanto, sancionar la norma impugnada al que pone en peligro la salud pública por **“infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad”**, lo que se está haciendo no es más que reconducir el núcleo esencial de la norma penal a cuerpos normativos de rango inferior, en el caso concreto, meras resoluciones exentas dictadas por el Ministerio de Salud.

Siguiendo esta misma línea argumental, la doctrina nacional ya ha comenzado a cuestionar la constitucionalidad de la norma impugnada. Así, se ha indicado que “el delito del art. 318 es una norma penal en blanco propia, esto es, que necesita remitirse a otra norma para ser complementada, pero una norma penal que no tiene descrita la conducta, pues la expresión “poner en peligro la salud pública” hace referencia al resultado que se produce.”⁷ Esto es bastante problemático ya que consecuentemente la conducta a la que hace referencia la norma es claramente indeterminada y puede tener múltiples formas en razón de los reglamentos higiénicos o de salubridad y sus modificaciones.

Incluso, más que hablar de una norma con una conducta indeterminada, nos encontramos sencillamente con una norma penal que no contiene la conducta y entrega su determinación completa a los reglamentos, que lógicamente poseen un rango inferior a la ley, y por lo tanto, estamos en presencia de un delito sin conducta; sin un núcleo esencial determinado por una norma de rango legal, lo cual implica vulnerar el principio de legalidad consagrado en el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política.⁸

El profesor Fernando Londoño recientemente ha hecho ver también el inconveniente en sede de constitucionalidad de la norma impugnada señalando que: “si todo lo que queda del tipo del art. 318 es una *infracción de reglas de autoridad* (las más de las veces infra-legales, salvo los contados casos reconducibles al Código Sanitario), entonces se ha abierto de par en par un flanco en sede de legalidad/tipicidad, en tanto ley penal en blanco propia que es.”⁹

⁷ NAVAS, Ivan, “Covid-19 e imputación objetiva de su contagio”, en Criminal Justice Network, disponible en: <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/covid-19-e-imputacion-objetiva-de-su-contagio>. Fecha de consulta: 22 de julio de 2020.

⁸ *Ibíd.*

⁹ LONDOÑO, Fernando (2020): “¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 *bis* del Código Penal. Criminal Justice network.eu, Disponible en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/responsabilita-penale-per-i-trasgressori-della->

De un modo similar V.S.E. ha razonado en STC rol n° 479 c.20 señalando que: “el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su “núcleo esencial”, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior”. Y en modo similar en STC rol n° 2744 c.30 ha señalado que “el principio de legalidad penal en sentido estricto exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma, en virtud de la cual sea posible, con una simple lectura del precepto, conocer hasta donde llega éste, hasta donde puede o no puede actuar el ciudadano, donde comienza el Derecho Penal”

En la misma línea, nuestra doctrina especializada ha sido enfática al señalar que: “En el presente casi todos los ordenamientos jurídicos se erigen sobre la base del principio de reserva o legalidad, con arreglo al cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando existe una ley que incrimina el hecho respectivo estableciendo, además la naturaleza y magnitud de la sanción a que se encuentra sometido (**nullum crimen nulla poena sine lege**)”. [...] “Este principio..., expresa de manera enfática la función de garantía que compete a la ley penal en el Estado de Derecho liberal. En efecto, a través de sus distintos significados traza con firmeza los límites de un campo en el que todas las decisiones fundamentales competen exclusivamente a la ley, a fin de que el ciudadano cuente con la certeza de que ella –y solo ella– le dirá precisamente lo que debe o no hacer a fin de no verse expuesto a la imposición de una pena, hasta dónde puede llegar sin ser alcanzado por la amenaza punitiva e, incluso, la naturaleza y magnitud de las consecuencias a las cuales se lo someterá si toma el riesgo de infringir los mandatos o prohibiciones legales”.¹⁰

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez, con la misma precisión han indicado que “la única fuente inmediata y directa del derecho penal es la ley propiamente tal, esto es, aquella que se ha dictado conforme a las exigencias materiales y formales de la Constitución. De este modo, el principio de legalidad excluye no sólo la posibilidad de que fuentes del derecho generalmente admitidas en otros dominios del orden jurídico. De este modo, el principio de legalidad excluye no sólo la posibilidad de que fuentes del derecho generalmente admitidas en otros dominios

[quarantena-revisione-critica-degli-articoli-318-e-318-bis-del-codice-penale-nuova-legge-n-21240-piu-micro-che-macro](#). Fecha de consulta: 22-07-2020.

¹⁰ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. 11ª edición. Ediciones Universidad Católica. Santiago, 2020. p. 198. (Cursivas y énfasis en el original). En el mismo sentido MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Tirant Lo Blanch, 2019. pp. 38 y ss.

del orden jurídico, como la costumbre, la ley del contrato o la jurisprudencia puedan crear delitos o penas; también quedan excluidos como fuente directa del derecho penal aquellas regulaciones de inferior jerarquía a la de la ley, esto es, los decretos supremos, los reglamentos y las ordenanzas. Esto significa que actos de la autoridad pública de jerarquía inferior a la ley no pueden crear delitos ni penas.”¹¹

Resulta evidente que el artículo 318 del Código Penal no describe una conducta que satisfaga las exigencias constitucionales de *lege scripta y certa*. Las *acciones u omisiones* típicas y antijurídicas que se le imputarán a nuestro representado no están señaladas en la ley, sino en resoluciones exentas dictadas por la autoridad administrativa.

Sobre este punto, acertada resulta la opinión del profesor Fernando Londoño, quien, comentando el artículo 318 ha señalado que “La **conducta típica** es indeterminada. En términos puramente normativos, consiste en infringir alguna regla higiénica o de salubridad, debidamente publicada por la autoridad, en ciertos contextos calamitosos (“en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”), poniendo con ello en peligro la salud pública. Como puede advertirse, esta *infracción* adoptará en concreto diversas modalidades, según cuál sea el contenido específico de la regla vulnerada. En definitiva, habrá tantas conductas punibles como mandato o prohibiciones correlativas en el marco de las reglas de higiene o salubridad. En consecuencia, la conducta podrá consistir tanto en una acción como en una omisión. En cuanto a las normas extrapenales de complemento, la expresión *regla* debe entenderse como sinónimo de norma jurídica. En principio, la fórmula sería comprensiva de normas de cualquier jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, considerando el hecho de que en esta figura ni aun el núcleo de lo prohibido se encuentra determinado, la inconstitucionalidad de la ley penal en blanco se salva sólo en la medida que la referencia a las *reglas* se extienda a aquellas de rango legal]”.¹²

Nótese que Londoño entiende que ni siquiera el núcleo de lo prohibido se encuentra determinado. Por ello sostiene que la única forma de salvar este vacío no puede ser la remisión a normas de orden administrativo, sino que debe ser una ley la que establezca cuál es la conducta sancionada.

¹¹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”. Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 94.

¹² LONDOÑO, Fernando. “Comentario al artículo 318 del Código Penal”, en *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro II. Título VI (arts. 261 a 341)*. COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (directores). pp. 519 a 424. Thomson Reuters, 2019. Santiago. pp. 520 y 521. (Las negritas y cursivas están en el original. El subrayado es nuestro).

También sobre este punto Iván Navas Mondaca ha sido tajante al indicar, “Pues bien, en mi opinión se trata de un delito de dudosa constitucionalidad al infringir la garantía que contiene el principio de legalidad. En efecto, la Constitución Chilena, al igual que la mayoría de las constituciones del entorno común, establece un derecho fundamental denominado principio de legalidad (art. 19 N° 3) según el cual ninguna conducta será sancionada *si no se encuentra descrita expresamente en la ley*. El delito del art. 318 es una norma penal en blanco propia, esto es, que necesita remitirse a otra norma para ser complementada, pero una norma penal que no tiene descrita la conducta, pues la expresión “poner en peligro la salud pública” hace referencia al resultado que se produce. Se ha señalado que la conducta de esta norma sería indeterminada y que podría tener múltiples formas de acuerdo con los reglamentos de higiene o salubridad. Si hacemos referencia a las modalidades de la infracción en relación con los reglamentos esto es correcto. No obstante, creo que el problema es anterior y más que una norma indeterminada en relación con los reglamentos se trata sencillamente de una norma penal que no contiene la conducta y entrega su determinación completa a los reglamentos que poseen un rango inferior a la ley. En este sentido, estaríamos ante un delito sin conducta, o si se prefiere, ante una norma cuyo núcleo esencial no está en una norma con rango de ley. Dada esta situación, se trata de una norma inconstitucional al vulnerar el principio de legalidad consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Chilena”.¹³

Por su parte, el precepto legal impugnado señala:

El que (1) pusiere en peligro la salud pública (2) por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, (3) será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

Es evidente que el tipo penal del artículo 318 del Código Penal no describe ninguna conducta. Para intentar salvar esta objeción, se podría argumentar que la conducta consiste en enlazar lo que se ha señalado bajo los números (1) y (2), es decir, que la conducta típica consistiría en “poner en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad debidamente publicadas por la

¹³ NAVAS MONDACA, Iván. *Covid-19 e Imputación Objetiva de su Contagio*. Disponible en <https://www.criminaljusticenetwork.eu/es/post/covid-19-e-imputacion-objetiva-de-su-contagio>

autoridad en tiempo de catástrofe, epidemia, o contagio”. Pero eso no responde *cómo* se debe ejecutar esa puesta en peligro, es decir, el tipo penal no señala qué clase de conducta debe realizar un ciudadano para poner en peligro la salud pública y verse en consecuencia expuesto a una persecución criminal y eventual imposición de pena. El error de una interpretación de esta naturaleza, se subsana si se tiene en consideración la modificación legal que sufrió el artículo 318 del Código Penal, luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 17.155 de 1969 que modificó el precepto legal cuestionado, incorporando la expresión “pusiere en peligro la salud pública”. Esta modificación legal permitió pasar de un indudable delito de peligro abstracto, donde bastaba la mera infracción a las reglas sanitarias, hacia uno de peligro concreto, o bien, abstracto-concreto o de aptitud /idoneidad, donde, además de exigirse la infracción de la regla sanitaria, debe ponerse en peligro la salud pública.

En otras palabras, actualmente, el artículo 318, exige algo más que la mera infracción a las reglas sanitarias.

Este cambio legislativo, se explica acertadamente bajo el prisma de un reconocimiento al **principio de lesividad**, como uno de los límites del *ius puniendi*, en estricta relación con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. De otro modo, el *ius puniendi* no cubre comportamientos que no sean susceptibles de lesionar o de poner en peligro bienes jurídicos. Evidentemente, esto se condice con la discutible constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto.

En línea con lo anterior, los **principios de subsidiariedad y fragmentariedad, como límites ineludibles del Derecho Penal**, otorgan un adecuado fundamento para entender que, ahí donde la conducta desplegada no es susceptible de lesionar o poner en real peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal —la salud pública—, el derecho penal no tiene cabida, toda vez que debe quedar reservado exclusivamente para aquellas acciones u omisiones capaces de alzarse en una forma de ataque particularmente intensa y que efectivamente pueda poner en peligro o lesionar, aquello que el *ius puniendi* pretende resguardar: bienes jurídicos.

V.S.E. ha señalado en diversas sentencias, aquellos casos en que una ley penal en blanco satisface un mínimo estándar constitucional. Esto es: a).- Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) - Que la ley además de señalar la pena, contenga el **núcleo esencial de la prohibición** y sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada **con el complemento** indispensable de la norma a la que la ley penal se

remite, y c).- que, resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente contaminada.

El principio de legalidad obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su núcleo esencial, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior. Así lo ha determinado VSE, de acuerdo a los fundamentos vertidos en numerosas sentencias (a modo ejemplar: roles 479; 2744; 2953; 4476).

La indeterminación del artículo 318 es tal que sencillamente se puede pretender sancionar como delito mediante decretos y resoluciones exentas cuantas sean las conductas imaginables.

No estamos en presencia de simples complementos de una conducta nuclear o básica descrita en la ley. Estas resoluciones exentas determinan lugares a los que se puede ir o no, permisos que requieren las personas para entrar y salir de sus domicilios, la obligación de permanecer en sus domicilios en horarios determinados, la obligación de portar mascarillas en determinados lugares, el número máximo de personas que se pueden encontrar en lugares abiertos de libre acceso al público o domicilios en particulares, etcétera. La sola profusión de prohibiciones y obligaciones de tan distinta naturaleza demuestra que no se trata de un complemento de una conducta básica contenida en la ley.

En otras palabras, en virtud de la aplicación del artículo 318 del Código Penal, complementado por las diversas resoluciones exentas expedidas por el Ministerio de Salud, **se le está entregando a la autoridad administrativa la facultad de crear un abanico infinito de conductas que pueden constituir delito** y, además de ello, establecer delitos por zonas, dividir comunas, y advertir que se puede volver a imponer las medidas, abriendo la posibilidad de que, conductas que fueron delito en un momento, dejen de serlo por unos días y, luego vuelvan a convertirse en delito por la publicación de una nueva resolución exenta. **Incerteza absoluta para el ciudadano que no sólo pugna con el principio de legalidad en sentido estricto y en su expresión de máxima taxatividad sino con que la Ley es de aplicación general y abstracta y su concreción en tipos penales que permitan poner en movimiento el Sistema de Justicia Penal, deben tener operatividad en todo el territorio nacional y no sólo donde ahí lo disponga una resolución exenta, por muy justificada que pueda resultar su dictación.**

Recapitulando lo expuesto, las denominadas leyes penales en blanco, son aquellas que pretenden tipificar un delito, pero no se bastan a sí mismas, sino que requieren de una norma de complemento. El complemento, permite subsanar

aquella parte del tipo penal que no se basta a sí misma y que, por lo mismo, requiere ser complementada y, sólo a través de este reenvío, permite configurar el tipo penal en su totalidad – en este caso, el complemento es la conducta misma – volviendo operativa la norma de sanción.

Según el rango de la norma de reenvío, las leyes penales en blanco pueden ser propias o impropias. Son impropias, si el complemento también es una norma de rango legal.

Por el contrario, el artículo 318 CP es un Ley Penal en Blanco Propia. Esto significa que el complemento normativo o, la norma a la que reenvía, está contenida en un cuerpo normativo de rango infra legal.

Los cuerpos normativos a los que reenvía – en este caso concreto – el artículo 318 del Código Penal, según se extrae del **Requerimiento de simplificado de fecha 26 de junio de 2020, es la Resolución Exenta N° 202, de fecha 22 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud y**, en lo pertinente señala:

Resolución Exenta N° 202, de fecha 22 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud, DISPONE MEDIDAS SANITARIAS QUE INDICA POR BROTE DE COVID-19 y en el número 7 señala:

“7. Dispóngase que todos los habitantes de la República deberán permanecer, como medida de aislamiento, en sus residencias entre las 22:00 y 05:00 horas. Esta medida será ejecutada de acuerdo a las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional de las distintas regiones.

La medida de este numeral comenzará a regir desde las 22:00 del 22 de marzo de 2020 y será aplicada por un plazo indefinido, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su supresión”.

En consecuencia, para poder determinar cuál es el contenido del tipo penal que funda la incriminación que se le realiza a nuestros representados, se vuelve necesario analizar el tipo penal del artículo 318 del Código Penal, en adición a las normas de complemento:

Artículo 318 Código Penal:

El que (1) pusiere en peligro la salud pública (2) por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, (3) será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

Si se realiza el ejercicio de complementación respecto de (2) a partir de las conductas definidas infra legalmente en las respectivas resoluciones exentas, el tipo penal se configura con la siguiente estructura:

El que (1) pusiere en peligro la salud pública (2) por:

No “permanecer, como medida de aislamiento, en sus residencias entre las 22:00 y 05:00 horas.”

(3) será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

Lo anterior implica que el tipo penal queda íntegramente configurado, volviendo operativa la norma de sanción, única y exclusivamente cuando se produce el resultado “poner en peligro la salud pública”, o bien, se despliega una acción u omisión *idónea* para poner en peligro la “salud pública”¹⁴, a través de las conductas descritas en la resolución exenta.

Resulta evidente que las conductas descritas, se contienen en las respectivas resoluciones exentas, por lo tanto, la incriminación de responsabilidad penal, bajo el artículo 318 del Código Penal, en el caso concreto de nuestro representado, permite imponer una pena de presidio o multa, mediante la mera dictación de una norma de rango infra legal. Esto constituye una ley penal en blanco propia que no satisface el estándar Constitucional que el principio de legalidad exige, al no describir el núcleo esencial de la conducta y, por lo tanto, vulnera lo dispuesto en los incisos 8° y 9° del artículo 19 N°3 de la Constitución, infringiendo el principio de reserva legal (*lex scripta*) y de tipicidad (*lex certa*).

2.2. FORMA EN QUE LA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL CUESTIONADA EN EL CASO CONCRETO INFRINGE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SEÑALADAS, INFRINGIENDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, EL DEBIDO PROCESO Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS:

¹⁴ Esto dependerá si se entiende el tipo penal como un delito de peligro concreto o de idoneidad.

El principio de proporcionalidad y, especialmente, el principio de proporcionalidad de las penas, se puede reconocer en nuestro ordenamiento constitucional, como garantía del derecho a un procedimiento y a una investigación racionales y justos establecido en el inciso sexto del artículo 19 N° 3 de la carta fundamental. En efecto, el principio de proporcionalidad de las penas, definido como adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita, junto con encontrar su fundamento en la noción de Estado de Derecho y en la dignidad de la persona humana, se encuentra reconocido, al menos implícitamente, en el derecho fundamental establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Esta disposición asegura a todas las personas: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, y, particularmente, en el mandato que el Constituyente le asignó al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, como se afirma expresamente en el inciso sexto de dicho numeral.

Al respecto, la Excm. Corte Suprema en SCS Rol N° 5019-2006 ha señalado que la exigencia de proporcionalidad en la pena se relaciona con la igualdad en la aplicación del derecho: “El principio de igualdad en la determinación objetiva de la responsabilidad penal, conforme al cual la sanción debe ser el resultado de la determinación de criterios generales, evitando distorsiones y tratamientos discriminatorios e injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones (...), ha de determinar la necesidad de un castigo proporcional y condigno con los hechos” .

“En nuestro país se ha adoptado un sistema penal garantista que no sólo legitima democráticamente el ius puniendi estatal, sino que también proscribe el uso abusivo de la potestad punitiva”¹⁵

En línea con lo anterior, resulta cuestionable que la aplicación, en el caso concreto, del precepto legal impugnado, se ajuste al principio de proporcionalidad, en la medida en que este establece una prohibición de exceso en la reacción punitiva del Estado.

De esta forma, a la conducta que establece el complemento infra legal del artículo 318, se agrega la desproporción de la pena y la falta de seguridad para la ciudadanía sobre el tipo de procedimiento que enfrentará, el que queda completamente entregado al arbitrio del Ministerio Público, vulnerando así también

¹⁵ STC 2959-16 Cons. 41°

el artículo 19 N° 2 inciso segundo y el artículo 19 N° 3 incisos primero y sexto de la Constitución.

El inciso primero del artículo 318 del CP establece dos penas alternativas: una de presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

Sin perjuicio de la indeterminación de la conducta sancionada por el artículo 318 del Código Penal, lo cierto es que sea cual sea, la pena puede oscilar entre 61 a 540 días de presidio, o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales, sin establecer algún criterio que dote de seguridad jurídica para definir cómo el Persecutor Fiscal podrá optar entre solicitar una u otra.

Por ejemplo, el solo hecho de no usar mascarilla en los lugares que algunas resoluciones exentas han señalado (y en la medida que se entienda erróneamente que de por sí eso pone en peligro la salud pública, es decir, un delito de peligro abstracto que se configura por la mera infracción de la regla sanitaria, sin necesidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado) implicaría pena de cárcel o multa en los términos señalados, sin que la ley contenga los parámetros para determinar la procedencia de aplicar una u otra.

Así, el sólo hecho de no usar una mascarilla o no respetar por unos minutos el toque de queda (conductas descritas infra legalmente y que dudosamente ponen en peligro la salud pública), tiene una pena privativa de libertad similar a la señalada, por ejemplo, a las lesiones menos graves del artículo 399 del Código Penal, delito que efectivamente atenta contra un bien jurídico personalísimo, integridad física de las personas y no contra un bien jurídico colectivo cuyos contornos y posibilidades de lesión o puesta en peligro son absolutamente inciertas.

Además, según el inciso final del artículo 318 la petición de pena queda, en definitiva, entregada al arbitrio del Ministerio Público y será esta entidad la que determine el procedimiento a aplicar: monitorio si no se solicita una pena superior a las seis unidades tributarias mensuales, simplificado en cualquiera de las demás, además, la causa puede también comenzar por procedimiento ordinario, sólo porque así lo ha dispuesto el Ministerio Público y sin necesidad de fundamento.

Hasta dónde se sabe, este es el único delito que permite al Ministerio Público elegir entre tres procedimientos distintos sin que la ley le exija fundamentar su decisión. Y allí donde no hay fundamento no puede haber, por definición, un procedimiento e investigación racionales y justos. Así, **es el mero arbitrio del Ministerio Público el que permite generar una situación de desigualdad**

(procedimiento aplicable) respecto de personas que se encuentran en una misma situación (infractores de la normativa sanitaria), vulnerándose la igualdad ante la ley sin ninguna justificación que satisfaga un mínimo de racionalidad. En adición a lo anterior, al no existir ningún parámetro para la elección de la sanción aplicable, mismas conductas pueden verse amenazadas –según lo disponga el fiscal de turno– con penas de carácter pecuniario, sin ningún parámetro para la determinación de su cuantía, o con penas privativas de libertad.

Esto se vuelve particularmente irracional, si tenemos en consideración que las conductas descritas en las respectivas resoluciones exentas, bajo las cuales se persigue la responsabilidad penal de mi representado, deben ser perseguidas por la vía del derecho administrativo sancionador, a través de un sumario en los términos señalados por el Título II del Libro X del Código Sanitario.

Si analizamos el **artículo 9° del Código Sanitario**, inmediatamente nos percatamos que *“[...] corresponde en especial a los Directores de los Servicios de Salud en sus respectivos territorios: a) velar por el cumplimiento de las disposiciones de este Código y de los reglamentos, resoluciones e instrucciones que lo complementen, y sancionar a los infractores;”*

La falta de racionalidad es tal que una persona puede verse enfrentada a una doble persecución y a una doble punición: en sede administrativa y en sede penal por los mismos hechos.

La respectiva Secretaría Regional Ministerial de Salud, puede perfectamente ordenar la apertura de un sumario sanitario respecto de mi representado y por ello se le puede sancionar e imponer el pago de una multa.

A nuestro juicio, el hecho de que exista la posibilidad de doble persecución en sedes distintas refleja la desproporción del tratamiento que el legislador ha dejado en manos del Ente Persecutor. Piénsese que, sólo en el aspecto pecuniario, nuestro representado puede ser condenado al pago de una multa en sede administrativa, más doscientas UTM en sede Penal, superándose así la prohibición de exceso que existe respecto del mismo tipo penal que establece una pena pecuniaria de máximo 200 UTM.

Como si lo anterior fuera poco, la propia decisión arbitraria del Ministerio Público *podría*¹⁶ implicar la solicitud de interposición de una pena de 540 días de

¹⁶ Las líneas que siguen han sido redactadas en condicional, en la medida en que son utilizadas de ejemplo. Lo mismo respecto a la formulación de escenarios abstractos que difieren de la solicitud de pena en este caso concreto, nuevamente, se trata de ejemplos en abstracto que pretenden dar cuenta de una línea argumentativa aplicable para un número elevado de casos concretos.

presidio, lo que, en adición a una eventual sanción administrativa, permitirá que, por los mismos hechos, mi representado sea sancionado con una pena de presidio y al pago de una multa (en sede administrativa), rebasando la alternatividad (no la acumulación) que exige el propio precepto legal impugnado, respecto de la aplicación de sanciones privativas de libertad “o” de carácter pecuniario.

Si bien, el artículo 318 del Código Penal determina la posibilidad de que el Persecutor elija la sanción a imponer, debe recordarse que la investigación debe también sujetarse a parámetros de racionalidad y justicia y no puede alzarse como una forma de imponer penas por conductas que deben sancionarse en sede administrativa.

De llegar a existir una doble persecución, evidentemente *existiría* una infracción al principio de *non bis in ídem* en su vertiente procesal y amenazaría con materializarse como una infracción al mismo principio en su faz material. V.S.E.¹⁷ ha derivado el fundamento del *non bis in ídem* de los principios de legalidad y tipicidad, pero además, lo ha señalado derechamente como uno de aquellos principios limitadores del *Ius Puniendi*, por lo que debe también extenderse al Derecho Administrativo Sancionador.

En la misma línea¹⁸, autores como Ossandón lo han alzado al nivel de garantía propia de todo ordenamiento democrático¹⁹ y otros catedráticos como García de Enterría lo consagran como un principio general del Derecho²⁰. Por su parte, Mir Puig estima que su objeto es precisamente **evitar las persecuciones abusivas a sujetos que cometen delitos, evitando las sobrerreacciones punitivas**.²¹ Este principio del derecho se encuentra consagrado a nivel constitucional, ya sea que se le quiera derivar como expresión del debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Carta Fundamental²², o bien, a partir del Bloque de Constitucionalidad y de la vigencia de los tratados internacionales de Derechos Humanos que explícitamente lo reconocen y que, vía artículo 5° inciso 2° de la Constitución, pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional

¹⁷ STC 244-96

¹⁸ Véase: GÓMEZ, Rosa (2017), “El *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, XLIX.

¹⁹ OSSANDÓN, Magdalena (2015), *El principio ne bis in ídem en el sistema jurídico chileno*. Revista de Ciencias Penales XLII, 3, p. 87, nota 2.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo –FERNÁNDEZ, Tomás (2006) *Curso de derecho administrativo*, 10ª Edición. Madrid, Civitas. P. 85.

²¹ MIR, Santiago (2005), *Derecho Penal Parte General*, 7ª Edición. Buenos Aires, B de la F Editores. Pp.51 y 651.

²² En este sentido, STC 2254-12 considerando 4°, STC 2045-11 considerando 4°, STC 2236-12 considerandos 4° y 5°.

(artículos 14 N° 7 PIDCP y 8 N° 4 CADH). Si a nivel supra legal se encuentra prohibido someter a una persona a una nueva persecución o imponerle una nueva sanción cuando ya se le ha impuesto una anteriormente, el legislador resulta vinculado por tal prohibición y no puede soslayarla por la vía de declarar nominalmente que una sanción administrativa no reviste el carácter de pena propiamente tal, especialmente cuando resulta análoga (cuantía de la multa) a la pena establecida en el artículo 318 del Código Penal.

V.S.E en 1996 ya indicaba que *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del Ius Puniendi propio del Estado”*²³, aunque con posterioridad determinó que la sujeción a los mismos principios limitadores del ejercicio de la potestad sancionatoria deben realizarse con matices.²⁴ Como las sanciones administrativas son efectivamente ejercicio del *ius puniendi*, entonces el principio *non bis in ídem* cobra especial relevancia en el caso de nuestro representado, en la medida en que una misma conducta está sancionada al mismo tiempo como delito por el derecho penal y como infracción según el derecho administrativo sancionador, produciéndose así una superposición de reglas y valoraciones aplicables a unos mismos hechos que, en este caso, corresponde por la expresa disposición legal del artículo 9 del Código Sanitario perseguir a la autoridad administrativa al tratarse de la infracción de una resolución exenta.

Como ha indicado parte de la doctrina especializada, cuando se prohíbe la valoración múltiple de una misma conducta, esta no admite ponderación, es un principio de aplicación binaria: se aplica o no se aplica,²⁵ se respeta o no se respeta, no se transgrede o bien se transgrede.

En este caso concreto, la eventual aplicación del precepto legal impugnado, amenaza con infringir esta prohibición de doble valoración, que debe alzarse como una expresión de la prohibición de exceso en el marco del ejercicio de las potestades sancionadoras y jurisdiccionales y, en consecuencia como una manifestación del principio de proporcionalidad, el debido proceso y la igualdad ante la ley, infringirlo, supone en este caso concreto la vulneración de lo dispuesto en los

²³ STC 244-96, considerando 9°

²⁴ STC 479-06 considerando 8°.

²⁵ GÓMEZ, Rosa (2017), *“El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, XLIX, p. 113.

artículo 19 N°2 inciso segundo y el artículo 19 N°3 incisos primero y sexto de la Constitución Política de la República.

A pesar de no existir en este caso un sumario sanitario, la amenaza de doble persecución y de eventual doble sanción subsiste, dando luces de que **la persecución de estas conductas a través de la imputación del delito previsto en el artículo 318, es una forma de hacer primar la persecución penal, soslayando al órgano administrativo que legalmente detenta la potestad para perseguir y sancionar infracciones a las resoluciones exentas en materia sanitaria.**

Esto último, supone un evidente desprecio al principio de proporcionalidad, en atención, especialmente al criterio de **necesidad o de mínima intervención**, que supone buscar entre diversas medidas, aquella que afecte en menor grado los derechos fundamentales de nuestro representado. La finalidad legítima que justifica la intervención estatal en caso de infractores de las resoluciones exentas dictadas por la autoridad sanitaria es evidentemente la protección de la salud pública. Cabe preguntarse si la determinación de ciertas conductas, por parte de la autoridad sanitaria a través de resoluciones exentas, que el Ministerio Público estima como constitutivas del delito previsto en el artículo 318 del Código Penal son necesarias para proteger la salud pública, mediante una imputación de responsabilidad penal. Evidentemente no. Preguntarnos por la necesidad en la aplicación del precepto legal impugnado implica poner en la balanza la protección de la salud pública, por un lado, y el sometimiento de un infractor de resolución exenta sanitaria al proceso penal, por otro.

En este caso, al existir una vía menos lesiva de los derechos fundamentales del imputado que persigue con igual eficacia la infracción a las normas sanitarias, que además está consagrada en un Código de la República, esta debe preferirse sin lugar a dudas al derecho penal. Más claro queda, cuando se analiza la imputación de responsabilidad penal por infracción al artículo 318 del Código Penal, bajo el prisma de la *proporcionalidad stricto sensu*.

“Los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad (relación zwick-mittel). Este último requisito parece ser el más importante para la protección de la libertad individual. Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta

ponderación debe tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho”²⁶.

Perseguir esta conducta por la vía penal, supone transgredir el principio de reserva legal y de tipicidad, otorgando la posibilidad de que una persona sea condenada a una pena privativa de libertad, por una infracción que debe ser sancionada con multa en atención a las disposiciones contenidas en el Código Sanitario. Otorga la posibilidad de afectar derechos fundamentales del imputado, a través de la imposición de medidas cautelares en el proceso penal, por infringir una regla dictada por la administración, que debe sancionarse sólo con multas. Incluso, en el caso de que un imputado sea condenado sólo a una pena de multa por infracción al artículo 318, esta en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal, puede sustituirse por la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, o por vía de sustitución y apremio, por la pena de reclusión, equivalente a un día por cada tercio de UTM.

Existiendo la posibilidad de perseguir este tipo de conductas en sede administrativa, sin verificarse los conflictos de constitucionalidad aquí planteados, esta vía debe preferirse, al no ser la vía penal proporcionada desde un parámetro de mínima intervención (necesidad) ni de proporcionalidad en sentido estricto al aplicarse una pena (penal) por infracción de una resolución exenta.

VII.- COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha resuelto que la competencia constitucional se limita en el mérito de la norma sometida a revisión de constitucionalidad. Su competencia debe ceñirse a lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado, lo que se traduce en que el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control.

Sin embargo, “el mérito del acto impugnado” no puede inhibir al Tribunal Constitucional, sin reemplazar la voluntad del legislador, del deber de resolver si los actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. En el ejercicio de esta

²⁶ Rainer, Arnold; Martínez, José Ignacio; Zúñiga, Francisco. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Estudios Constitucionales, Año 10, N° 1, 2012, pp. 65 - 116. P. 71.

facultad, el legislador se encuentra sujeto al marco que fija la propia Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la aplicación de ley en el caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales.

POR TANTO;

SOLICITAMOS A ESTE EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con la gestión pendiente en causa penal **RUC 2000459070-9, RIT 1023-2020**, del Juzgado de Garantía de Coyhaique, seguida actualmente ante la Illtma. Corte de Apelaciones de Coyhaique, bajo el **ROL 275-2020-PENAL**, seguido en contra de don **PABLO ALBERTO QUEZADA ALVEAR**, por el presunto delito de infracción al artículo 318 del Código Penal, admitirlo a tramitación y declarar en definitiva que el artículo 318 del Código Penal no será aplicable en la gestión pendiente ya individualizada por cuanto su aplicación al caso concreto infringe los artículos 19 N° 2 inciso segundo y N° 3 incisos primero, sexto, octavo y noveno de la Constitución Política de la República.

PRIMER OTROSI: Solicitamos a VSE., tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Certificado de Gestión Pendiente.
2. Certificado patrocinio y poder.

SEGUNDO OTROSI: De conformidad con lo que dispone el artículo 93 de la Constitución Política de la República y el artículo 32 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dada la inminente posibilidad que se lleve a cabo la gestión pendiente ya individualizada, y a fin de no hacer ilusoria la pretensión de inaplicabilidad en esa gestión, solicitamos a S.S. Excma. decretar la suspensión del procedimiento penal en el que incide el presente requerimiento.

TERCER OTROSI: Solicitamos a VSE, tener presente que en virtud de Oficio N° 70 de 8 de febrero de 2019 expedido por la Sra. Defensora Nacional (S) que señala defensores autorizados para comparecer ante el Excmo. Tribunal Constitucional, los

abogados de la Unidad de Corte de la Defensoría Nacional: Claudio Fierro Morales; Marcela Busto Leiva; Javier Ruiz Quezada y; Sebastián Undurraga del Río, asumiremos personalmente el patrocinio y poder del requirente, en los términos señalados en el Certificado de Patrocinio y poder acompañado en el primer otrosí de esta presentación, fijando todos domicilio en Av. Bernardo O'Higgins 1449 Torre 1 Piso 8, Santiago.

CUARTO OTROSÍ: Solicitamos a VSE, practicar las notificaciones que se pudieren dictar en esta causa a las siguientes direcciones de correo electrónico: cfierro@dpp.cl; sebastian.undurraga@dpp.cl y ucorte@dpp.cl